Voraussetzungen der Unbrauchbarmachung im Reichsstrafgesetzbuche (§ 41) und den Spezialstrafgesetzen des Reichs.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Josef Grünbaum
Rechtspraktikant aus Würzburg.

Breslau.
Schletter'sche Buchhandlung
1913.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549801_0006

Voraussetzungen der Unbrauchbarmachung im Reichsstrafgesetzbuche (§ 41) und den Spezialstrafgesetzen des Reichs.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

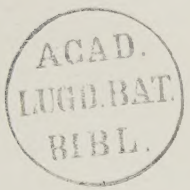
Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Josef Grünbaum
Rechtspraktikant aus Würzburg.



Breslau.
Schletter'sche Buchhandlung
1913.

Referent:

Herr **Professor Dr. Fr. Oetker.**

Druck von A. Bilger, Dillenburg

Meinen lieben Eltern.

Inhalt.

Einleitung.

Seite

§ 1. Aufgabe und Plan der Abhandlung. 1

I. Teil.

§ 2. Geschichtliche Skizze 3

§ 3. Begriff und Rechtscharakter der Unbrauchbarmachung bezw. Vernichtung 10

§ 4. Unbrauchbarmachung und Einziehung 21

II. Teil.

A.

Voraussetzungen der Unbrauchbarmachung in § 41 RStGB.

a) Voraussetzungen des Erkennens auf Unbrauchbarmachung.

§ 5. Begriff der Schrift, Abbildung, Darstellung 27

§ 6. Begriff der Strafbarkeit des Inhalts 29

b) Voraussetzungen des Vollzugs der Unbrauchbarmachung.

§ 7. Die Erfordernisse des Abs. 2 des § 41: Personenkreis — Besitz — öffentliches Auslegen und Anbieten 33

§ 8. Der Ausspruch im Urteil, die Beschränkung nach Abs. 3 39

B.

Voraussetzungen der Unbrauchbarmachung (bezw. Vernichtung) **in den Spezialstrafgesetzen.**

§ 9. Voraussetzungen der Unbrauchbarmachung in den Urheberrechtsgesetzen 45

1) Gesetz betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen vom 11. I. 1876.

2) Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst vom 19. VI. 1901.

3) Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und Photographie vom 9. I. 1907.

Seite

§ 10. Voraussetzungen der Unbrauchbarmachung in den sonstigen Spezialstrafgesetzen 53

1) Gesetz betr. die Bezeichnung des Raumgehalts der Schankgefäße vom 20. V. 1881/28. V. 1909.

2) Gesetz über den Feingehalt der Gold- und Silberwaren vom 16. VII. 1884.

3) Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. 5. 1894.

4) Maß- und Gewichtsordnung vom 30. V. 1908.

5) Weingesetz vom 7. IV. 1909.

C.

§ 11. **Die materiellen Voraussetzungen der selbständigen Unbrauchbarmachung** 63

Anhang.

§ 12. Kritische Betrachtung des „Vorentwurfs“ und „Gegenentwurfs“ zu einem deutschen StGB.

Die §§ 41 und 42 des RStGB. de lege ferenda. 77

Literatur.

Allfeld: Commentar zum Urheberrechtsgesetz von 1901.

— Commentar zum Urheberrechtsgesetz von 1907.

Bezold: Gesetzgebung des deutschen Reiches III. Teil, Markenschutzgesetz von 1874.

Binding: Grundriß zur Vorlesung über gemeines deutsches Strafrecht, 1879. Allg. Teil.

— Grundriß des deutschen Strafrechts (1907).

v. Buri: Zur Natur der Vermögensstrafen. (Gerichtssaal Bd. 30 S. 241 ff.)

Dambach: Die Gesetzgebung des norddeutschen Bundes betr. das Urheberrecht an Schriftwerken usw. von 1871.

Emminghaus: Corpus juris germanici, 2. Aufl. Jena 1844.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts I. Teil 1904.

Frank: StGB. für das deutsche Reich 8./10. Aufl. 1911.

Goltdammers Archiv 5. Bd.: „Die Strafe der Konfiskation" von Heinze.

Goldschmidt: Strafe und verwandte Maßregeln in vergleichender Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts (Berlin 1908) 4. Bd.

Glücksmann: Rechtliche Charakterisierung der strafprozessualen Entscheidungen über Einziehung und Unbrauchbarmachung in ihrer Bedeutung für die Rechtskraft einer solchen Entscheidung (Breslau 1897 Dissertation).

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881.

Köbner: Die Maßregel der Einziehung nach dem RStGB. und der Nachdrucksgesetzgebung (Breslau 1891 Dissertation).

Kohler, Warenzeichenrecht.

— Markenschutz.

Klostermann, Urheberrecht an Schrift- und Kunstwerken etc. 1876.

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 16./17. Aufl. 1908.

— Reichspreßrecht 1880.

Luden: Artikel „Pasquill" in Weiskes Rechtslexikon Bd. 7, Leipzig 1847.

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 7. Aufl. 1912.

Mommsen, Röm. Strafrecht, Leipzig 1899, S. 794 ff.

Neumann: Die Unbrauchbarmachung im § 41 des RStGB. (Breslau 1898 Dissertation.)

Oetker: Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs, Stuttgart 1893.

— Aus der Vorlesung über StR.: Allg. Teil, § 47, „Vermögensstrafen: B".

Olshausen: Kommentar zum StGB. für das deutsche Reich, 4. Aufl. 1892, 9. Aufl. 1912.
Oppenhoff: Das StGB. für das deutsche Reich, 9. Aufl.
v. Redwitz: Die polizeilichen Maßregeln des RStGB und ihr Verhältnis zu dessen allgemeinen Grundsätzen, Würzburg 1908, Dissertation.
Rubo: Commentar über das StGB. für das deutsche Reich (1879).
Ruedorff: StGB. für das deutsche Reich (2. Aufl. 1877).
Stenglein: Commentar zu den strafrechtl. Nebengesetzen, Bd. I, 3. und 4. Aufl. 1911.
— Lexikon des deutschen Strafrechts, Berlin.
Stooß: Zur Natur der Vermögensstrafen, Bern 1878. Dissertation.
Schoetensack: Der Konfiskationsprozeß (1905).
Schmidt: Geschichte der Denk- und Glaubensfreiheit im 1. Jahrhundert der Kaiserherrschaft, Berlin 1847.
v. Schwarze: Reichspreßgesetz (1874).
Vorberg: Die Einziehung, 1895, Rostock, Dissertation.
Wächter: Lehrbuch des Röm.-Teutsch. StR. 2 Teile, Stuttgart 1825/26.
v. Wahlberg: Artikel: „Vermögensstrafen“ in v. Holtzendorffs Handbuch d. StR. (Bd. II, S. 512).
Weber: Über Injurien und Schmähschriften, 3. Aufl. 1803.
Zöpfl: Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. nebst der Bamberger und Brandenburger Halsgerichtsordnung.

Abkürzungen.

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzentwurf nebst Begründung, 1909: VE.

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen StGB. (aufgestellt von Kahl, Liszt etc.) nebst Begründung: GE. Berlin, 1911.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen: RGE.

Weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen zum Texte.

Einleitung.

§ 1.

Aufgabe und Plan der Abhandlung.

Schon mit der Fassung des Themas sind genau die Grenzlinien gezogen, innerhalb deren sich die Betrachtung halten wird.

Es werden demnach nur die materiellen Voraussetzungen der Anwendung der Unbrauchbarmachungs- bezw. Vernichtungsmaßregel, wie sie im RStGB. § 41 sowie in den reichsstrafrechtlichen Nebengesetzen ausgesprochen ist, einer eingehenden Erörterung unterzogen, nicht aber die materielle Realisierung der Maßregel, der Vollzug, behandelt. Dabei wird von den der Polizei überlassenen Fällen abgesehen und lediglich die vom Richter im Strafverfahren verhängte Maßregel dargestellt.[1])

Muß sich nun das Thema schon durch seine Fassung solche Einschränkungen gefallen lassen, so ist andererseits das zu bearbeitende Gebiet noch umfassender, als der Inhalt des Titels besagt.

Es sollen nämlich auch die materiellen Voraussetzungen desjenigen Instituts einer gründlichen Betrachtung unterzogen werden, das bei Unausführbarkeit der Verfolgung oder Verurteilung einer Person zur Durchführung gelangt — des Instituts der selbständigen Unbrauchbarmachung.

---

[1]) Auf die Voraussetzungen der Einziehung kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht eingegangen werden, auch wenn diese Maßregel, wie wir ausführen werden, des öfteren im RStGB. und den strafrechtlichen Nebengesetzen den Rechtscharakter mit der Unbrauchbarmachung gemeinsam hat. Unberücksichtigt bleiben sonach in unserer Darstellung z. B. die Bestimmungen des § 15 im Reichges. von 1879 betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln etc., de § 6 des Ges. v. 1887 betr. den Verkehr mit blei- und zinkhaltigen Gegenständen des § 9 im Süsstoffges. von 1902 usw.

Was den Plan der Darstellung anlangt, so wird zunächst die in der Wissenschaft viel umstrittene rechtliche Natur der Unbrauchbarmachung im RStGB. sowie in den strafrechtlichen Nebengesetzen zu erörtern sein, weil das gewonnene Resultat wichtige Anhaltspunkte bei der Feststellung der Voraussetzungen zur Anwendung dieser Maßregel geben wird. Einen großen Teil der Arbeit wird die Lehre von den Voraussetzungen der Unbrauchbarmachung in § 41 des RStGB. einnehmen. Anschließend hieran sollen die Voraussetzungen der Maßregel in den Spezialstrafgesetzen, sowie die Voraussetzungen der selbständigen Unbrauchbarmachung betrachtet werden. All diesem wird ein kurzer historischer Überblick der in § 41 RStGB. ausgesprochenen Maßregel vorangestellt sowie eine Abgrenzung der Begriffe „Einziehung“ und „Unbrauchbarmachung“. Im Anhang ist sodann Gelegenheit geboten, zu den Nova des Entwurfs und Gegenentwurfs eines StGB. Stellung zu nehmen und den Versuch einer Neuredaktion der mustergültig schlecht gefaßten §§ 41 und 42 RStGB. zu wagen.

I. TEIL.

§ 2.

Geschichtliche Skizze.

Eine Darstellung des Entwickelungsprozesses der Unbrauchbarmachung wäre eine Aufgabe für sich und kann hier nur insoweit Berücksichtigung finden, als es zum Verständnis und zur rechtlichen Würdigung des Instituts erforderlich erscheint.

Verhältnismäßig schon sehr früh erkannte man die Notwendigkeit, gefahrdrohenden Geistesprodukten den Weg in die breite Öffentlichkeit zu verschließen und durch Anwendung von streng durchgeführten Präventivmaßregeln diesen Gedanken zu realisieren. Jemehr die Vervielfältigung in der Literatur um sich griff, mit desto größerer Schärfe mußte der Gesetzgeber die zur Unterdrückung solcher Geisteserzeugnisse erforderlichen Maßregeln zur Anwendung bringen.

a) Die Voraussetzungen der Reaktion gegen Schriften strafbaren Inhalts bei den Römern.[1])

Solange die republikanische Verfassung aufrecht blieb, herrschte zwar die größte Freiheit, über öffentliche und private Angelegenheiten zu schreiben. Allein schon die ältesten Gesetze suchten den guten Namen der Bürger gegen öffentliche Verleumdung zu schützen. Das öffentlich gesungene Schmähhied (carmen famosum) wurde schon nach dem Zwölftafelgesetz streng geahndet; nachdem dann die Publizität mehr und mehr durch die Schrift vermittelt wird, tritt neben und vor dieses Schmähhied die Schmähschrift. Der Despotismus suchte diesen Auswüchsen entgegenzuwirken,

[1]) Vgl. Mommsen, römisches Strafrecht, S. 794 ff.

weil er am meisten Ursache hatte, freimütige Urteile zu fürchten. Sulla machte den Anfang (in der bekannten „lex Majestatis“) und unter den nachfolgenden Despoten kam es dahin, daß jede freimütige Äußerung über Angelegenheiten des Staates, besonders über die Person des Regenten ihrem Urheber sehr gefährlich wurde.

Strafbar ist in gleicher Weise die Herstellung wie der Vortrag und die Verbreitung der Beschimpfung.[1])

Das erste wirkliche Bücherverbot war dasjenige, das die Werke des republikanischen Geschichtsschreibers Titus Labienus traf. Dieses Verbot ist mit keiner Strafbestimmung gegen die Person des Verfassers verbunden, also insofern das älteste Dokument eines objektiven Verfahrens.[2]) Das erste mit einem Straferkenntnis wider die Person des Verfassers verbundene Bücherverbot traf die Schriften des Cassius Severus. Vorbildlich blieb die Art der Vernichtung: die Verbrennung.[3]) Sehr energisch sprachen sich die Konstitutionen der Kaiser gegen die Verfasser von „libri famosi“ aus, wenn sie, ohne sich zu nennen, in denselben Andere der Begehung eines Verbrechens bezichtigten. Den einheitlichen Ausgangspunkt bilden die Verordnungen von Konstatin, wodurch die Vernichtung dieser Art von Schriften ausgesprochen wurde.[4])

---

[1]) „Injuria committitur, . . . si quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, . . . vgl. Instit. 4, 4 § 1.

[2]) Gegen Labienus, sagt Seneca, wurde zuerst eine neue Art von Sühne ausfindig gemacht; seine Feinde nämlich brachten es dahin, daß alle seine Schriften verbrannt wurden. Das Neue und Ungewohnte dieser Tatsache war, daß man Todesstrafe an Werken der Wissenschaft vollzog.

[3]) Schon seit Augustus war die Unterdrückung und das Verbot eines Buches sinnlich durch ein Autodafé desselben dargestellt; vgl. Tacitus Annalen 1, 72.

[4]) Vgl. cod. 9, 36 „de famosis libellis“: „si quis famosum libellum . . . .“. Hiernach wird jeder der eine Schmähschrift auffindet und sie nicht vernichtet, sondern den Inhalt Anderen mitteilt, wie der Urheber des Libells selbst bestraft. Wie aus den Worten dieser Stelle („quae per famosum persequenda putaverit . . .“) ersichtlich ist, sind diese Konstitutionen zunächst nur auf die Fälle zu beziehen, in welchen der anonyme Verfasser einer der Öffentlichkeit übergebenen Schrift einem Andern eine nach den bestehenden Gesetzen strafbare Handlung zum Vorwurf macht, während diese Bestimmungen nicht anwendbar sind, wenn jemand einer anderen, z. B. nur nach dem Sittengesetz unerlaubten Handlung bezichtigt wird.

Dieses Delikt, bei welchem nicht die Qualität der Beleidigung, sondern die Veröffentlichung durch die von Hand zu Hand gehende Schrift das rechtlich maßgebende Moment ist, wird nicht als Verletzung des Privaten, sondern als Gefährdung des Gemeinwesens behandelt und bestraft. Erst spät wurde die Schmähschrift durch den Prätor zum klagbaren Privatdelikt.

b) Die Voraussetzungen der Reaktion gegen Schriften strafbaren Inhalts im gemeinen deutschen Recht.

Prüfen wir die Voraussetzungen, unter denen im deutschen Recht gegen injuriöse Schriften von der gesetzgebenden Gewalt eingeschritten wurde, so finden wir zunächst keine Weiterbildung gegenüber den römischen Konstitutionen. Auch die Bestimmung in der Carolina Art. 110 („schriftliche, unrechtliche, peynliche Schmehung") sowie in der Bamberger und Brandenburger Halsgerichtsordnung Art. 134 bietet inhaltlich nichts Neues; der gleiche Gedanke, wie er sich im römischen Recht vorfindet, wurde nur in eine präzisere Form gegossen.

Zum Tatbestand der Schmähschrift nach Art. 110 gehört einmal der Vorwurf eines öffentlichen (nicht blos mit Geld- und Gefängnisstrafe bedrohten) Verbrechens.[1]) Sodann Unterlassung der Unterschrift des wahren Namens[2]) und eine mit dem Willen des Verfassers erfolgte Verbreitung der Schmähschrift in das Publikum („ . . . die er ausspreytet . . . "). Dieses letztere schon im römischen Recht begründete Requisit ist das unterscheidende Merkmal dieser Art der schriftlichen Injurie. Hierdurch wird jedoch nicht der Versuch ausgeschlossen, wenn die beabsichtigte Verbreitung wider den Willen des Verfassers gehindert wurde.

Über die Art und Weise, in der man gegen derartige Schmähschriften selbst reagierte, finden wir in der Carolina keinen Aufschluß. Wir ersehen nur aus mehreren Bestimmungen, daß die Konfiskation teils ausdrücklich angeordnet wurde als Strafe für

[1]) Hierin finden wir insofern ein Analogon zu den Konstitutionen, als auch nur „peynliche schmehung," nicht Vorwurf bloßen unsittlichen Benehmens ein relevantes Merkmal zur Anwendung dieser Vorschrift bildet.

[2]) Über den in der Literatur bestehenden Streit, ob für den Tatbestand der Schmähschrift der Mangel der Unterschrift des wahren Namens des Verfassers von Bedeutung ist, vergl. Weber, Kap. 13 A. 18.

ein bestimmtes Verbrechen, teils stillschweigend sich als Folge einer verhängten Strafe von selbst verstand.[1])

Untersuchen wir nun, welcher Art die Änderungen waren, die die Vorschriften der Carolina durch spätere Reichsgesetze erfuhren.

Seit Erfindung der Buchdruckerkunst konnte der Mißbrauch, der zuweilen mit der Schriftstellerei getrieben wurde, der Gesetzgebung umsoweniger gleichgültig bleiben, je leichter nun die Verbreitung und je wichtiger also die Folgen schädlicher Schriften und Bücher wurden. Man wandte verschiedene Mittel an, um die Fortdauer und Weiterverbreitung gemeingefährlicher Schriften zu verhindern und nach Möglichkeit anderweitigen Vergehungen ähnlicher Art (durch Darstellungen, Bilder, Zeichnungen) vorzubeugen.

Die Lehre von den Schmähschriften gewann also an Bedeutung, sobald man die Presse und die zur Vervielfältigung dienenden Mittel zur Verunglimpfung des Gegners zu benutzen anfing und insbesondere die religiösen Wirren der damaligen Zeiten mannigfache Veranlassung zu gegenseitiger Kränkung der verschiedenen Religionsparteien boten.

In der Polizeireformation von 1548 Art. 34 tritt uns zwar nichts Neues entgegen, wenn den Buchdruckern für den Druck, das Feilhalten, Ausbreiten von „schmehlichen“ Büchern, Schriften, und Gemälden etc. schwere Strafen angedroht werden; weiterhin ist aber hier angeordnet, daß die Obrigkeit darüber wachen soll, daß nichts „so der Katholischen allgemeinen Lehr, der heiligen Christlichen Kirchen ungemäß und widerwärtig usw. ist, desgl. auch nichts schmehliches und pasquilisches oder andrer Weis, wie das Namen haben möcht, etc., gedicht, geschrieben, in Druck gebracht, geschnitzt, gegossen, gemacht werde.“ Es ist diese Stelle einmal deswegen zu beachten, weil bezüglich des Inhalts der Schmähschrift klarere Bestimmungen auftauchen. Weiterhin wird hier erstmals genauer erklärt, in welcher Art die Verbreitung vor sich gehen kann, sei es durch Schrift, Druck, Gemälde, Holzschnitt, Kupferstich etc.[2])

[1]) Callistratus berichtet hierüber: „damnatione bona publicantur cum aut vita adimitur, aut civitas, aut servilio condicio irrogatur“ vgl. Wächter, I. Teil.

[2]) Interessant ist diese Stelle auch deshalb, weil hier zum ersten Mal in

Schärfer noch als die Verordnung in der Polizeireformation von 1548 lauten die Vorschriften des Reichsabschiedes von 1570. § 154 ff. richten sich namentlich gegen die Drucker, wobei über „die vermessene, ungescheute Frechheit des lästerlichen Druckens, Malens und Schmähens und über das Herumtragen und Feilhalten solcher Schmähschriften, Karten und Gemälde auf Jahrmärkten, Messen und anderen Versammlungen sehr geklagt wird.“ §§ 156, 157 insbesondere bestimmen, „daß der Druck solcher Schriften Verlust der Bücher und Druckereien zur Folge haben soll.“ § 158 endlich wendet sich gegen denjenigen, „der lästerlich schmehliche Gemälde macht, verkauft oder sonst verbreitet.“

Noch weiter wird der Begriff der Strafbarkeit des Inhalts durch die Polizeiverordnung vom Jahre 1577 Titel 35 ausgedehnt. Allgemein wird hier Druck und Verbreitung alles dessen streng untersagt, „was den aufgerichteten Reichsabschieden nicht gemäß“ schien, namentlich aber betont, daß alles „was aufrührerisch ist . . . den Verkäufern genommen und soviel immer möglich unterdrückt werden sollte.“

Es wurden sonach außer den durch Schriften etc. verursachten Injurien und Religionsvergehen auch Verletzungen der öffentlichen Ordnung zu dem Inhalte gezählt, der den strafbaren Tatbestand einer Schrift etc. bilden kann. Konnte man des Verfassers nicht habhaft werden, so wurden die Schriften sowie die davon erlangten Exemplare öffentlich verbrannt.

Auf ähnlichen Bahnen wie die Polizeiverordnungen von 1577 bewegt sich das Edikt Kaiser Karls VI. von 1715. Insbesondere

einem Gesetz der Ausdruck „pasquillisch“ gebraucht ist. Pasquill ist eine auf Ehrenkränkung eines anderen abzielende und zur Steigerung der Ehrverletzung öffentlich verbreitete Schrift oder Abbildung, die, mit dem Namen ihres Verfassers versehen, einen anderen eines geringeren Vergehens bezichtigt, im Gegensatz zur Schmähschrift (oder Pasquill im weiteren Sinn), der zufolge einem Dritten die Begehung eines öffentlichen Verbrechens in einer für die Öffentlichkeit bestimmten anonymen Schrift oder mittels zur Weiterverbreitung geeigneter Zeichen vorgeworfen wird. Dieser letztere Begriff ist identisch mit den „libelli famosi“ cod. 9, 36.

Die Bezeichnung Pasquill leitet man von einem witzigen Schuster Pasquino zu Rom ab, bei dem man eine Statue ausgrub, die, allgemein Pasquin genannt, vor seinem Hause aufgestellt und zum Anheften von Schmähschriften benutzt wurde. Vergl. darüber Näheres bei Schwarze in Weiskes Rechtslexikon Bd. VII; Binding, Lehrbuch des Strafrechts, § 35 S. 164.

wurde hier der Kreis der strafbaren Handlungen, die den Inhalt einer Schrift darstellen können, insoweit vergrößert, als nunmehr auch Delikte, wie Hoch- und Landesverat mit einbegriffen wurden: Es sollte nichts „gegen die Staatsregierung und als Grundgesetze des heiligen Römischen Reichs angesehene Lehren geschrieben werden dürfen." Auch sind alle Personen, die im Übertretungsfalle strenger Strafen unterliegen, genau aufgeführt: Urheber, Erfinder, Dichter, Maler, Kupferstecher, wie Schreiber, Drucker, Buchführer, Unterhändler, Verkäufer.

Sehen wir von den Wahlkapitulationen Kaiser Franz II. vom Jahre 1792 ab, so ist gewissermaßen als Abschluß dieser interessanten Entwicklung ein Patent des Kaisers Franz I. von 1746 zu erwähnen, in welchem auf alle vorausgegangenen diesezüglichen Verordnungen Bezug genommen wird.

Zusammenfassung des geschichtlichen Ergebnisses.

Aus dieser kurzen Darstellung der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen man Schriften etc. strafbaren Inhalts entgegenzuwirken suchte, läßt sich klar verfolgen, wie sehr es all' den Bestimmungen in den Edikten der Kaiser, welche die Unterdrückung der gefahrdrohenden Geisteserzeugnisse vorschreiben, an einem leitenden Prinzip fehlte; die Maßregel der Unterdrückung, Vernichtung ist weniger an bestimmte Grundgesetze gebunden, als von unsicheren, möglicherweise willkürlichen Anschauungen und Erwägungen abhängig. Der späteren Gesetzgebung blieb es vorbehalten, allgemein geltende und zugleich schärfer begrenzte Voraussetzungen zur Anwendung der Maßregel aufzustellen.

Bezog sich der strafbare Inhalt zunächst nur knapp und dürftig auf Injurien, so wurden allmählich, entsprechend den jeweiligen Zeitverhältnissen gemäß den Fortschritten der Technik der Vervielfältigungsmöglichkeiten und den Geistesströmungen, durch die einzelnen ausführlicher gehaltenen Edikte und Mandate der Kaiser immer strengere Maßnahmen getroffen und weitere Delikte in den Kreis des strafbaren Inhalts gezogen.

Im 18. Jahrhundert begann nun die Partikulargesetzgebung Bestimmungen zu erlassen, die der Verbreitung strafbarer Schriften Halt gebieten sollte. Diese partikularen Gesetze sind aber zu zahlreich und zu mannigfaltig, als daß ein Eingehen darauf und

eine Würdigung derselben im Rahmen dieser Darstellung möglich wäre. Während Bayern 1861 Art. 35 die Unterdrückung bezw. Vernichtung aller vorfindbaren Exemplare und der zu deren Hervorbringung ausschließlich bestimmten Mittel nur für den Fall gegestattet, daß ein Presserzeugnis Gegenstand des Strafurteils ist und Rechte Dritter nicht verletzt werden, verlangt z. B. Art. 320 des Hessischen Strafgesetzbuches von 1841 summarisch, daß Schriften oder bildliche Darstellungen, welche Verleumdungen oder sonstige Beleidigungen enthalten, jedesmal vom Gericht zu konfiszieren seien, sollten selbst Rechte Nichtschuldiger darunter leiden.

So sehr nun auch die einzelnen Partikulargesetze bezüglich der Voraussetzungen der Vernichtung gefahrdrohender Geisteserzeugnisse divergieren, in zwei Punkten lassen sich im Gegensatz zum älteren Recht gemeinsame Momente herausschälen: einmal wurde die Konfiskation bezw. Vernichtung, während sie bisher nur im Anschluß an die Übertretung irgend einer Censurvorschrift verfügt wurde, auch unabhängig hievon ausgesprochen, und fernerhin wurden diese Maßregeln nicht mehr dem Ermessen der Verwaltungsbehörde sondern grundsätzlich der Entscheidung des Gerichts anheimgegeben.

Einen kräftigen Schritt vorwärts machte endlich das StGB. für Preußen von 1851 im § 19 Abs. 3, 4.[1]) Hier wird von der Aufzählung der Delikte, die den strafbaren Inhalt einer Schrift etc. begründen können, abgesehen und allgemein ausgesprochen, daß jedesmal da, wo durch derartige Geistesprodukte der Tatbestand einer nach den bestehenden Strafgesetzen strafbaren Handlung gegeben ist, die Maßregel verhängt werden muß. Gegenüber der jetzigen Fassung des § 41 RStGB., der im Hauptinhalt auf § 19 Abs. 3, 4 des preußischen StGB. fußt, ist ein Unterschied nur darin zu erblicken, daß dort ein radikaleres Mittel als Reaktion

[1]) Der Wortlaut des § 19 Abs. 3, 4 heißt:

„Wenn der Inhalt einer Schrift, Abbildung oder Darstellung sich als Tatbestand einer strafbaren Handlung darstellt, so ist im Strafurteil zugleich die Vernichtung aller vorfindlichen Exemplare und der dazu bestimmten Platten und Formen auszusprechen.

Ist die Schrift, Abbildung oder Darstellung ihrem Hauptinhalt nach eine erlaubte, so soll nur auf die Vernichtung der gesetzwidrigen Stellen und desjenigen Teils der Platten und Formen erkannt werden, auf welchen sich diese Stellen befinden."

gegen gefahrdrohende Geisteserzeugnisse angewandt wurde, nämlich gänzliche Zerstörung derselben, die „Vernichtung“. Abs. 4 des § 19 enthält die nunmehr in Abs. 3 des § 41 RStGB. geregelte partielle Unbrauchbarmachung.

Haben wir nun auf Grund des hier Ausgeführten die Überzeugung gewonnen, daß man schon von jeher darauf bedacht war, auf irgendwelche Weise gefahrdrohende Geistesprodukte am Eindringen in die Öffentlichkeit zu hindern, so müssen wir zugeben, daß § 41 RStGB. in dieser Hinsicht keinen neuen Gedanken enthält. Anderseits aber führt dieser Paragraph dennoch, was nämlich Art und Weise der Reaktion der gesetzgebenden Gewalt gegenüber Schriften etc. strafbaren Inhalts anlangt, ein Novum in die Gesetzesliteratur.

§ 3.

Begriff und Rechtscharakter der Unbrauchbarmachung bezw. Vernichtung.

Durch jede Schrift, Abbildung, Darstellung wird ein Gedanke, gleichviel welchen Inhalts fixiert, der erst mit der Verbreitung seine Äußerung erfährt, um uns dann sichtbar, verkörpert entgegenzutreten.[1]) Ähnlich einer in konzentrischen Kreisen sich fortpflanzenden, durch einen Steinwurf erzeugten Wasserwelle, gewinnt der auf diese Weise geäußerte Gedanke durch Weiterdringen in noch unübersehbare Kreise, durch welche Mittel dies auch immer geschehe, die Kraft, der Schranken von Zeit und Raum zu spotten. Er ist nunmehr selbständig geworden, unabhängig von dem Willen des Schöpfers. Eben darum aber, weil der Gedanke zur objektiv selbständigen Existenz gelangt ist, kann er stets von anderen Personen als denen, die ihn gezeugt hatten, benützt und durch Weiterverbreitung der Schrift fortgepflanzt werden.

Gerade diese Tatsache wurde von der Gesetzgebung verhältnismäßig spät in ihrer vollen Tragweite gewürdigt, und zwar erst dann, als man sich allmählich davon überzeugt hatte, daß durch Bestrafung des Erzeugers eines Gedankens, durch den der Tatbestand einer strafbaren Handlung kundgegeben wird, der Ge-

[1]) Auch der Maler, Bildhauer spricht zur Menge: das Gemälde, die Statue sind die Sprache; in ihnen verkörpert sich, wenn auch mittelbar, ein Gedanke des Schöpfers.

danke selbst gar nicht getroffen wird. Absulut verfehlt wäre es daher, wollte man hier lediglich nach der schuldigen Person suchen, statt die Mittel, die zum Gedankenträger gewählt wurden, zurückzudämmen, also die Quelle, von der aus die Gefährlichkeit des Gedankens herrührt, zum Versiegen zu bringen.

Unumgänglich ist daher die Ergreifung der Maßregeln, die einer Weiterverbreitung der in Schriften ausgedrückten strafbaren Handlungen Schranken auferlegen. Vergrößert doch die Weiterverbreitung einer Schrift strafbaren Inhalts den Umfang der Rechtsverletzung, die in dem Delikt liegt, und erhöht mit dem Eindringen in weitere Kreise des Publikums die mit dem Inhalt verbundene Gefahr für die Allgemeinheit!

Das RStGB. ordnet in seinem § 41 folgende Maßnahmen an:

„Wenn der Inhalt einer Schrift, Abbildung oder Darstellung strafbar ist, so ist im Urteile auszusprechen, daß alle Exemplare, sowie die zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen unbrauchbar zu machen sind.

Diese Vorschrift bezieht sich jedoch nur auf die im Besitz des Verfassers, Druckers, Herausgebers, Verlegers oder Buchhändlers befindlichen und auf die öffentlich ausgelegten oder öffentlich angebotenen Exemplare.

Ist nur ein Teil der Schrift, Abbildung oder Darstellung strafbar, so ist, insofern eine Ausscheidung möglich ist, auszusprechen, daß nur die strafbaren Stellen und derjenige Teil der Platten und Formen, auf welchem sich diese Stellen befinden, unbrauchbar zu machen sind."

Darüber nun, ob das Institut der Unbrauchbarmachung als Sicherungsmaßnahme zur Vorbeugung fernerer Rechtsverletzungen aufzufassen ist oder unter Umständen auch den Charakter einer Strafe (und zwar dann einer Nebenstrafe am Vermögen) annehmen kann, besteht in der Literatur heftiger Streit. Das RG. nimmt zu dieser Frage eine schwankende Stellung ein: aus Bd. 14, 161; Bd. 16, 268; Bd. 22, 351 ergibt sich der Charakter der Präventivmaßregel, aus Bd. 11, 119; Bd. 5, 104; Bd. 17, 311 geht gemischter Charakter der Maßregel hervor. Auch Oetker stimmt der letzteren Ansicht bei: Die Unbrauchbarmachung sei eine dem Schuldigen gegenüber zu erkennende Nebenstrafe am Vermögen, soweit aber der Besitzer der unbrauchbar zu machenden Exem-

plare nicht als Täter in Betracht kommt, streife die Maßnahme den Strafcharakter ab und nehme polizeiliche Natur an. Die gleiche Auffassung der Duplizität des Rechtscharakters des § 41 RStGB. haben Binding, Oppenhoff, Vorberg u. m. a.

Trotz der hier nur kurz angedeuteten Verschiedenheiten in der Beurteilung des rechtlichen Charakters der Unbrauchbarmachung kann man doch sagen, daß nunmehr überwiegend in der Literatur der Charakter der Unbrauchbarmachung als einer Polizeimaßregel zugestanden wird; diese Ansicht vertreten namentlich: Meyer, Hälschner, Finger, Olshausen, Frank, Ruedorff.

Aus den Motiven können wir schwerlich irgendwelchen Anhaltspunkt für die Beurteilung des rechtlichen Charakters gewinnen; denn gerade die Motive zu den §§ 40 und 41 des RStGB. (§§ 38 und 39 des dem Reichstage vorgelegten Entwurfs, Aktenstücke des Reichst. S. 52) beweisen deutlich, daß der Gesetzgeber sich selbst über die Natur der Einziehung und Unbrauchbarmachung nicht im klaren war. Es geht zwar aus den Motiven hervor, daß die Unbrauchbarmachung auch die Funktion einer Präventivmaßregel haben soll,[1]) allein wir müssen schon um deswillen bei der juristischen Analyse der Unbrauchbarmachung die Motive außer Acht lassen, weil in diesen das von der Einziehung rechtlich ganz verschiedene Institut der Unbrauchbarmachung als eine Art der ersteren konstruiert wird.

Sonach bleibt uns nichts anderes übrig, als daß wir zur Klarstellung der juristischen Natur der Unbrauchbarmachung aus den allgemeinen Grundsätzen des Begriffs der Strafe und polizeilichen Maßregel heraus Aufschluß erholen und das Institut nach diesen Gesichtspunkten hin prüfen.

Zuvor aber empfiehlt es sich, den Begriff den Unbrauchbarmachung festzulegen.

Im preußischen StGB. findet sich als sicherste Vorkehrung einer Wiederholung der durch Schriften und sonstige Darstellungen begangenen strafbaren Handlungen die Vernichtung.[2]) In bewußtem

[1]) Motive zu § 41 (39): „In weiterer Anerkennung des Grundsatzes, daß die Einziehung keine Vermögensstrafe, vielmehr in der Hauptsache eine Präventivmaßregel sein soll, ist, in Abweichung vom preuß. StGB. vorgeschrieben, daß nicht die Vernichtung, sondern n u r die Unbrauchbarmachung . . . . ausgesprochen werden soll."

[2]) Vgl. Seite 9 Anm. 1 der Abhandlung.

Gegensatz hiezu schuf der Gesetzgeber als Ersatz dieses mehr radikalen Mittels die Maßregel der Unbrauchbarmachung. Gleichzeitig erwähnen die Motive als Rechtfertigung dieses Vorgehens, es genüge zur Vorbeugung künftiger strafbarer Handlungen, die in Schriften[1]) enthalten sind, die bloße Unbrauchbarmachung der Exemplare, Platten und Formen.

„Unbrauchbarmachen" heißt nicht „unbrauchbarmachen für jeden sonstigen Gebrauch," sondern nur für die Produktion desjenigen strafbaren Inhalts, der getroffen werden soll. Man sucht durch besondere Maßregeln zu bewirken, daß die Substanz in einer Weise unbrauchbar gemacht wird, daß sie zu weiterer Benutzung ähnlicher Art nicht mehr verwendet werden kann. Soweit als möglich wird also die Substanz erhalten bleiben müssen;[2]) auch werden die inkriminierten Gegenstände nicht gänzlich dem Verurteilten entzogen, sondern es soll lediglich ihre rechtswidrige Benutzung verhindert werden. Alle diese Gesichtspunkte weisen auf die Tendenz des Gesetzgebers hin, den vermögensrechtlichen Schaden, der mit der Durchführung der Maßregel verbunden sein kann, möglichst auf ein Minimum zurückzuführen. Niemals sollen Gegenstände der Unbrauchbarmachung unterworfen sein, die neben dem im Einzelfall unerlaubten, rechtswidrigen Zweck eine erlaubte Anwendung finden können. Daraus erklärt es sich, wenn z. B. bei Vorliegen einer durch eine Druckschrift begangenen strafbaren Handlung Pressen sowie Typen als solche nicht der Vernichtung unterliegen. Der aus beweglichen Lettern bestehende Satz einer Druckschrift wird sich in den seltensten Fällen, höchstens bei Zeitungen, zur Zeit der Vollstreckung der Maßregel noch in seinem vollen Bestande in der Druckerei vorfinden, da bekanntlich dieser Satz nach erfolgtem Abdrucke eines Bogens sofort auseinander genommen wird. Dies genügt aber auch vollauf, um der Absicht des Gesetzgebers gerecht zu werden; denn die Beschlagnahme oder Vernichtung einer Unzahl von beweglichen Lettern, die kunstgerecht vereinigt erst den Satz der mit Verfolgung bedrohten Druckschrift ausmachen, hätte keinen Sinn. Anders freilich verhält es sich, wenn zur Herstellung einer Druckschrift Stereotyp- oder

[1]) Wo von „Schriften" die Rede ist, wolle stets zugleich der Begriff der Abbildung und Darstellung mitverstanden werden.

[2]) Vergl. auch Rubo § 41 Nr. 7.

Clischéplatten oder andere figürliche Darstellungen in bestimmten Formabgüssen benutzt worden sind.[1]) Es wird auch nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen, wollte man einen Kupfer-, Stahlstich oder eine Lithographie der völligen Zerstörung preisgeben, wenn die Gravierung oder Zeichnung ohne Vernichtung der Platten oder des Steins, von welchem der Abdruck bewirkt worden ist, beseitigt werden kann; vielmehr genügt auch hier lediglich die Zerstörung der Gravierung auf der Platte, bezw. der Zeichnung auf dem Steine.

Diese ratio des Gesetzes, den Gegenstand nur insoweit zu treffen, als er überhaupt strafbar ist, kommt recht klar durch Abs. 3 des § 41 RStGB. zum Ausdruck, in welchem die partielle Unbrauchbarmachung ihre Regelung findet. Hier ist bestimmt, daß die Maßregel nur auf die strafbaren Teile des Werkes, sofern sie trennbar sind, zu beschränken ist.[2]) Wenn sich weiterhin die Unbrauchbarmachung nicht nur auf die Exemplare, sondern auch auf die Platten und Formen, welche der Vervielfältigung dienen, erstreckt, so wird hierdurch nur zu erkennen gegeben, daß im öffentlichen Interesse die Umlaufsfähigkeit den Produkten entzogen werden und so der Weiterverbreitung von Schriften, die ihrem Inhalte nach strafbar sind, vorgebeugt werden soll.[3])

Der vorhin erwähnte Gesichtspunkt, bei der Durchführung der Maßregel der Unbrauchbarmachung dem Betroffenen einen möglichst geringen Vermögensschaden zuzufügen, begegnet uns auch in den Spezialgesetzen, mit denen wir uns in den §§ 9, 10 der Abhandlung näher zu befassen haben.

Aus dem § 9 des Gesetzes vom 16. VII. 1884 betr. den Feingehalt der Gold- und Silberwaren sowie aus § 19 Abs. 1 des Warenz.-Gesetzes vom 12. V. 1894 ergibt sich deutlich, daß von einer Zerstörung der Substanz, also einer Vernichtung der Ware abgesehen wird; in diesen Fällen soll die Maßregel beschränkt durchgeführt werden, indem lediglich die gesetzwidrige Bezeichnung bezw. die widerrechtliche Kennzeichnung an den betreffenden Gegenständen beseitigt, die falschen Zeichen also getilgt werden. Nur subsidiär

[1]) Vgl. auch Schwarze § 41 Nr. 2.

[2]) Vgl. den in R. G. E. Bd. 37, 271 erwähnten Fall einer teilweisen Unbrauchbarmachung.

[3]) Vgl. R. G. E. Bd. 38, 347.

d. h. bei Unmöglichkeit der Ausführung in der angegebenen Weise wird die Zerstörung der Waren angeordnet.[1])

Welches sind nun die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, bei Anordnung der Unbrauchbarmachung bezw. Vernichtung stets die Fürsorge walten zu lassen, daß die Präventivmaßregel nicht die Grenzen ihres Zwecks überschreite und sich zur Vermögensstrafe gestalte? In all diesen Fällen soll eben durch die erwähnten Maßnahmen im Interesse der Allgemeinheit ein Vorbeugungsmittel geschaffen werden, sei es, um gefahrdrohenden Geisteserzeugnissen den Weg in die Öffentlichkeit zu verschließen, sei es um verbotswidrigen Waren oder Gegenständen den Eintritt in den Verkehr zum Schutze des Publikums zu verwehren.

So haben wir schon allein aus der ratio der betreffenden Gesetzesvorschriften die Überzeugung gewonnen, daß in der Unbrauchbarmachung bezw. Vernichtung niemals eine Strafe gegenüber dem von dieser Maßregel Betroffenen gefunden werden kann.

Die rechtliche Natur der Unbrauchbarmachung würde vielleicht nicht so sehr zweifelhaft sein, wollte man sich zunächst die Frage vorlegen, worin eigentlich der relevante Unterschied zwischen einer polizeilichen Maßregel und der Strafe zu erblicken ist.

Ihrem Wesen nach unterscheidet sich die polizeiliche Maßnahme von einer in ähnlicher Gestalt auftretenden Strafe nicht sowohl durch die verschieden bestimmte Zuständigkeit der sie verfügenden und vollziehenden Behörde als durch die mangelnde Voraussetzung einer dem Betroffenen zur Last fallenden kriminellen Verschuldung. „Polizei“ wird definiert als eine Funktion des Staates, insbesondere seine Sorge für das Gemeinwohl mittels Ausübung seiner gebieten-

[1]) Im Ges. v. 1881/1909 betr. die Bezeichnung des Raumgeh. der Schankgef. § 5 konnte man wegen des in der Regel geringeren materiellen Wertes der von der Maßregel betroffenen Gegenstände von jener milderen, ausschließlich das verbotswidrige Verhalten treffenden Durchführung der Maßnahme Abstand nehmen und statt Ersetzung der widerrechtlichen Bezeichnung durch die vorschriftsmäßige unmittelbar die Vernichtung (bezw. Einziehung) der betreffenden Gefäße statuieren. Desgleichen konnte dem Gesetzgeber im Weingesetz von 1909 (§ 31), wo aus gesundheitspolizeilichen Gründen wie mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit die Einziehung alternativ mit der Vernichtung ausgesprochen ist, nur die Anordnung einer solchen Maßnahme sichere Gewähr für die Durchführung dieses Zweckes bieten, die die vorschriftswidrig hergestellten Stoffe und Getränke ein für allemal dem Verkehr entzieht.

den und zwingenden Autorität. Eine Maßregel ist daher dann als polizeiliche aufzufassen, wenn sich der Staat derselben zur Sorge für das Gemeinwohl als Zwangsmittel bedient. Dies ist z. B. regelmäßig der Fall, wenn die Fortexistenz oder das Verbleiben gewisser Objekte im Verkehr überhaupt oder in der Hand bestimmter besonders qualifizierter Individuen als gemeingefährlich anzusehen ist; es erscheint daher die Vernichtung der betreffenden Vermögensobjekte als notwendig, gleichgültig ob dem von der Maßregel Betroffenen im einzelnen Fall ein kriminelles Verschulden trifft oder nicht. Die „Strafe" dagegen stellt die unserem sittlichen Bewußtsein entsprechende Sühne des Rechtsbruches durch ein dem Täter auferlegtes Übel dar und ist insofern abhängig von einer Deliktsbegehung. Begründet also bei der Strafe die unerlaubte Handlung die Anwendung einer Maßregel gegenüber dem Übeltäter, so liegt die Ursache der Notwendigkeit polizeilichen Einschreitens in der durch das Delikt geschaffenen Gemeingefährlichkeit einer Sache, welche Eigenschaft diese im übrigen auch auf natürliche Weise haben kann.

Fragen wir uns im Anschluß an diese Erwägungen, ob die im § 41 angeordnete Maßregel den Charakter einer Strafe in sich trägt oder die Natur einer polizeilichen Maßregel hat, so müssen wir unbedingt zu dem Resulat gelangen, daß die Unbrauchbarmachung eine reine Vorbeugungsmaßregel zur Sicherung vor künftigen Rechtsverletzungen darstellt. Denn da sich die Unbrauchbarmachung in der Mehrzahl der Fälle gegen unbeteiligte Personen, die keine Schuld auf sich geladen haben, richtet,[1]) so kann

[1]) Die Personen des Abs. 2 in § 41 sind an einem durch die betr. Schrift begangenen Delikte zumeist völlig unbeteiligt: vom Drucker wird man nicht verlangen dürfen daß er die Materie oder den Ausdruck des Werkes zu beurteilen imstande ist; er stellt eben nur das mechanische Hilfsmittel dar, wodurch der Verfasser seine Ideen verbreitet. Ähnlich liegen die Verhältnisse beim Verleger, was die Beurteilung des Werkes anlangt; ihm wird man doch z. B. nicht zumuten wollen, die Manuskripte aller Werke, die er verlegt, vor dem Abdruck sorgfältig durchzulesen und Inhalt nebst Ausdruck auf ev. Strafbarkeit zu untersuchen. Mit noch weniger Recht aber wird man vom Buchhändler fordern können, daß er die zum Verkauf anbietenden Bücher zuvor einer Lektüre unterzieht.

Die Absicht aller dieser Personen ist nur auf das Gewerbe gerichtet; der mit dem Werk verfolgte Zweck des Verfassers liegt gänzlich außerhalb des

ihr Zweck sicher nicht darin gefunden werden, daß den von der Maßregel Betroffenen ein Leiden auferlegt werden soll. Damit scheidet sie aber aus dem Begriff der Strafe aus und tritt in die Reihe der polizeilichen Präventivmaßregeln.[1])

Allerdings wird die Durchführung der Maßregel der Unbrauchbarmachung durch eventuelle Eigentumsschädigung zugleich einen materiellen Verlust für den Betroffenen bilden, allein trotz dieser Vermögensschädigung handelt es sich hier nicht um eine Vermögensstrafe,[2]) weil sich in diesen Fällen das dem Betroffenen zugefügte Übel nur als eine unbeabsichtigte und unvermeidliche Nebenwirkung der lediglich als Vorbeugungsmittel dienenden Maßnahme charakterisiert.

Was die eingangs erwähnte Ansicht verschiedener Schriftsteller betrifft, wonach die Unbrauchbarmachung, je nachdem sie einen Schuldigen trifft oder nicht, einen gemischten Charakter aufweist, so ist eine derartige Zweiteilung einer durchaus einheitlich geregelten Maßregel je nach ihrer zufälligen Wirkung unzulässig. Es ist kein Recht gegeben, eine Duplizität des Rechtscharakters einer und derselben Vorschrift zu konstruieren. Wohl kann gelegentlich in einem Paragraphen ein äußerlich scheinbar einheitlicher Rechtsgedanke ausgedrückt sein, der bei näherer Prüfung nicht wesensgleich ist, vielmehr verschiedenen Rechtsgehalt aufweist. Allein gerade in § 41 ist als einheitlicher Gesichtspunkt die Präventionsidee erkenntlich, während ihr gegenüber die Tendenz, einer Person durch die Maßregel ein Übel zuzufügen, völlig zurücktritt. Sollte die Unbrauchbarmachung zufällig den Verurteilten als Eigentümer treffen, so kann hierin noch nicht ein Merkmal des Strafcharakters gefunden werden; selbst der wegen des betreffenden Delikts verurteilte Eigentümer von Exemplaren wird nicht als solcher, sondern nur, insoweit sein Eigentum sich in einer der im Abs. 2 geregelten tatsächlichen Beziehungen befindet, getroffen.[3])

---

ihrigen und bleibt für sie gleichgültig. Legalität und wissenschaftlichen Wert des Inhalts überlassen sie billigerweise dem Verfasser zu verantworten.

[1]) Vgl. auch Frank zu § 41.

[2]) Vgl. Hälschner S. 633.

[3]) Vgl. v. Redwitz S. 136.

Im übrigen spricht für den präventiven Charakter auch der Umfang, in welchem der Gesetzgeber die Durchführung der Unbrauchbarmachung zuläßt. Sucht er doch die Maßregel auf alle, aber nur auf die Objekte auszudehnen, die durch ihre äußere Beziehung die Gefahr allgemeiner Verbreitung befürchten lassen, sei es, daß sich die Exemplare in den Händen besonders qualifizierter Personen (wie Verleger, Buchhändler, Drucker etc.) befinden, bei denen naturgemäß die Gefahr zur Weiterverbreitung der Schrift nahe liegt, sei es, daß die Verbreitung des Inhalts durch die äußere Tätigkeit des öffentlichen Auslegens oder Anbietens unmittelbar bewirkt wird.

Leicht läßt sich der rein auf Äußerliches sich beziehende Einwand der Gegner widerlegen, wonach die Unbrauchbarmachung schon um deswillen als Strafe gelten müsse, weil sie im Abschnitte des StGB. untergebracht sei, der „Strafen“ überschrieben ist. Denn abgesehen davon, daß für die Überschriften allgemein der Satz gilt: a potiori fit denominatio,[1] beweist uns der Vorentwurf, daß die rechtliche Natur einer Maßregel keineswegs etwa mittelbar durch diesen äußeren Umstand beantwortet werden kann. Auch die Gegner müssen zugeben, daß die im Entwurf z. B. in den §§ 42, 43 u. a. m. geregelten sichernden Maßnahmen nicht unter die Strafen zu rechnen sind und doch in dem mit Strafen überschriebenen Abschnitt ihren Platz gefunden haben.

Mit Recht könnte man einwenden: es ist doch auffällig, daß die Durchführung der Unbrauchbarmachungsmaßregel in die Hand des Richters gelegt und nicht den Polizeiorganen anheim gegeben ist, wenn wirklich § 41 eine polizeiliche Maßregel darstelle. Hierauf ist zu erwidern, daß der polizeiliche Charakter der Unbrauchbarmachung dadurch nicht eingebüßt wird, die Durchführung der letzteren durch den Strafrichter sich vielmehr aus zweifachem Grunde rechtfertigt.

Einmal sind hiefür Zweckmäßigkeitsrücksichten maßgebend,[2] weil auf Unbrauchbarmachung in der Regel im Anschluß an ein Strafurteil erkannt wird und während des Strafverfahrens dem Richter Gelegenheit geboten ist, die Gegenstände, die der Maß-

---

[1] Vgl. Köbner, S. 5.

[2] Vgl. R. G. E. Bd. 14, S. 169.

regel verfallen werden, kennen und werten zu lernen.[1]) Ein anderer Grund wurzelt in dem Gedanken des modernen Rechtsstaats, das Eigentum der Bürger möglichst den Maßnahmen der Polizeibehörden, die nur nach Zweckmäßigkeitsgründen getroffen werden, zu entziehen und durch die größeren Garantien, die der Richterspruch bietet, zu schützen.

Nur kurz sei auf zwei Konsequenzen hingewiesen, die sich aus der von uns vertretenen Ansicht ergeben, wonach die Unbrauchbarmachung als polizeiliche Maßnahme charakterisiert werden muß:

Da § 5 E. G. z. StGB. nur die Anordnung trifft, daß in landesgesetzlichen Vorschriften keine anderen „Strafen“[2]) als die im § 5 bezeichneten angedroht werden dürfen, steht der Erkennung auf „polizeiliche Maßnahmen“ als Deliktsfolgen durch das Landesrecht in den diesem vorbehaltenen Materien nichts entgegen.

§ 73 StGB. schließt lediglich die Erkennung auf die im milderen Gesetz enthaltenen „Straf“folgen aus, weshalb polizeiliche Maßnahmen unbedenklich auch dann verhängt werden können, wenn sie in dem außer Anwendung bleibenden milderen Strafgesetz normiert sind.

Darüber, daß die in den Urheberrechtsgesetzen[3]) angeordneten Maßnahmen der Vernichtung bezw. Unschädlichmachung keine Strafen sind, sondern auf der Grenze zwischen rein zivilrechtlichen und polizeilichen Maßregeln stehen, da sie nur zum Schutze und zur Sicherung des einzelnen Berechtigten dienen, herrscht in der Literatur Einstimmigkeit.

---

[1]) Oetker ist der Ansicht, für die juristische Konstruktion des § 41 sei nicht eine mitbeteiligte Präventionstendenz, sondern die Anknüpfung an das Delikt als dessen Rechtsfolge bestimmend. Zufolge obiger Erwägung knüpft aber an das Delikt eben nur deshalb das Institut der Unbrauchbarmachung an, deren Durchführung freilich als verwaltungsrechtl. Maßnahme Obliegenheit der Polizeibehörden wäre, weil diese Maßregel zwar Folge einer strafbaren Handlung ist, keineswegs aber ein strafrechtliches inneres Verhältnis zu derselben aufweist.

[2]) Vergl. Olshausen Nr. 7 zu § 5.

[3]) Ges. v. 19. VI. 1901 betr. Urh. R. an Werk. d. Lit. u. Tonk. (=Lit.UG.) Ges. v. 9. I. 1907 betr. Urh. R. an Werk. d. Bild. Künste u. Photographie (=KunstUG.) Ges. v. 11. I. 1876 betr. Urh. R. an Mustern und Modellen (vgl. Ges. v. 11. VI. 1870 betr. d. Urh. R. an Schriftwerk etc.) (=MustG.)

Ist auch die in diesen Gesetzen normierte Vernichtung nicht identisch mit der Unbrauchbarmachung, so ist sie doch dem Zweck nach gleichartig. Selbst im Fall eines bona fide unternommenen Nachdruckes läßt sich die Unterlassung von Sicherungsmaßregeln gegen etwaige Fortsetzung oder Wiederholung des Nachdrucks nicht rechtfertigen; denn es bleibt immer die Gefahr bestehen, daß die vorhandenen Nachdrucksexemplare auf irgend eine Weise in das Publikum dringen, oder die Vorrichtungen zur Herstellung neuer Exemplare verwendet werden.

Der Charakter der Privatsicherungsmaßregel der Vernichtung bezw. Unschädlichmachung zeigt sich noch aus verschiedenen unmittelbar den Gesetzen zu entnehmenden Gründen. Einmal können diese Maßnahmen nicht nur im Strafverfahren, sondern auch im Wege des bürgerlichen Rechtsstreites verfolgt werden;[1] weiterhin schließt der Antrag auf Strafverfügung nicht den Antrag auf Vernichtung bezw. Unschädlichmachung in sich.[2] Sodann sind die Maßregeln auf Antrag auszusprechen, auch wenn eine schuldhafte Verletzung nicht vorliegt und der Nachdruck noch nicht vollendet ist.[3]

Schließlich weist der Umstand, daß es dem Verletzten freisteht, auch im Fall einer strafbaren Rechtsverletzung ausschließlich die Vernichtung zu beantragen, die verantwortliche Person aber außer Verfolgung zu lassen, auf den rein präventiven Charakter hin.[4]

Fassen wir zum Schlusse diese Ausführungen zusammen, so erhalten wir in Bezug auf den rechtlichen Charakter der Unbrauchbarmachung bezw. Vernichtung folgendes Resultat:

„Unbrauchbarmachung“ ist eine vom Richter verhängte polizeiliche Maßnahme zum Zwecke der Reinigung des Verkehrs von gefahrdrohenden Gegenständen und zum Schutze vor künftigen Rechtsverletzungen.

---

[1]) Vgl. § 46 LitUG., § 42 KunstUG., § 26 d. Ges. v. 11. VI. 1870 mit § 14 MustG.

[2]) Vgl. § 47 Abs. 1 mit § 45 LitUG., § 43 mit § 41 KunstUG., § 26 d. Ges. v. 11. VI. 1870 mit § 14 MustG.

[3]) Vgl. § 42 Abs. 3 LitUG., § 37 Abs. 3 KunstUG., § 21 Abs. 4 d. Ges. v. 11. VI. 1870 mit § 14 MustG.

[4]) Vgl. § 47 Abs. 2 LitUG, § 43 Abs 2 KunstUG.

§ 4.

Unbrauchbarmachung und Einziehung.

Im Anschlusse an die Erörterung des Begriffes „Unbrauchbarmachung" erscheint uns ein kurzes Eingehen auf die rechtliche Natur der Einziehung geboten.

Sind wir im vorigen Paragraphen zu dem Resultat gelangt, daß der Unbrauchbarmachung in der Gesetzgebung ein einheitlicher Charakter zuzusprechen ist, so können wir bezüglich der Einziehung im voraus konstatieren, daß dieses Institut gemischten Charakter aufweist. Die Einziehung wird ohne Grund schlechtweg als Strafe bezeichnet; ebenso verfehlt ist die Ansicht von Liszt, Köbner u. a., die die Einziehung als reine Sicherungsmaßregel für die Zukunft charakterisieren.

Eine gesonderte Betrachtung der verschiedenen Gestaltungen dieser Maßregel wird am ersten dazu führen, die angeblichen Ausnahmen von der Anwendung strafrechtlicher Grundsätze bei Beurteilung der rechtlichen Natur der Einziehung verschwinden zu lassen.[1])

Die Einziehung kann als reine Strafe vorkommen wie auch als Polizeimaßregel.[2]) Ein sicherer Beweis für den Strafcharakter der Maßregel des § 40 RStGB. ist die Tatsache, daß sie (im Gegensatz zu § 41) im Einklang mit dem Strafrechtsprinzip stets den Täter trifft. Die Einziehung bildet nämlich ein Übel, das als staatliche Reaktion gegen den Bruch der öffentlichen Rechtsordnung in der zwangsweisen Entziehung oder Minderung eines dem Schuldigen gehörigen bestimmten Vermögenswertes vermittelt wird. Im einzelnen Fall kann sich vielleicht die im § 40 gestattete Einziehung für den Schuldigen nicht als Strafübel[3]) fühlbar machen, während dies in den Fällen des § 41 zutreffen kann. Entscheidend ist aber nicht die zufällige Wirkung der Maßregel, sondern der maßgebende Gesichtspunkt ihrer Verhängung.

[1]) Vgl. Stooß — In Bezug auf die Unklarheit des Gesetzgebers selbst über die Prinzipien dieser Lehre vgl. Schoetensack, S. 8. ff., v. Redwitz S. 76 Anm. 2.

[2]) Die Einziehung kann auch zivilrechtliche Natur haben, in dem Sinne, daß dem Fiskus aus der Bestrafung ein Anspruch auf das Konfiskat erwächst; natürlich kann hievon nur in den Fällen gesprochen werden, in denen die Einziehung obligatorisch erkannt wird, vergl. § 335 RStGB.

[3]) Köbner sucht nachzuweisen, daß Einziehung schon deshalb nicht als

Die Ansicht, daß die Unbrauchbarmachung eine qualifizierte Einziehung sei,[1]) erscheint, auch wenn man von den im § 3 der Abhandlung gemachten Ausführungen bezüglich der rechtlichen Natur der Unbrauchbarmachung absehen will, in keiner Weise gerechtfertigt.

Einziehung ist Aneignung durch den Staat in Betreff der Gegenstände, die in Ausübung eines Strafanspruchs dem Privateigentum entzogen werden. Das juristische Kriterium der Unbrauchbarmachung gegenüber der Einziehung bildet nun gerade der Umstand, daß erstere keinen Eigentumsübergang auf den Fiskus bewirkt,[2]) eine Enteignung nur insoferne stattfinden

Strafe, sondern als Sicherungsmaßnahme aufzufassen sei (vgl. S. 6), weil es bei der Einziehungsmaßregel an dem bei jeder Strafe unerläßlichen Erfordernis der Abstufbarkeit nach dem Grade der Schuld des Täters fehle. Darauf läßt sich erwidern, daß der Gesetzgeber, gerade um diesem Prinzip einigermaßen gerecht zu werden, die Maßregel des § 40 durch den Richter nicht mechanisch unter allen Umständen anwenden läßt, sondern es, der konkreten Sachlage entsprechend, dem Richter überläßt, von der Möglichkeit der Anwendung des § 40 Gebrauch zu machen. — Vgl. hierüber auch Schoetensack S. 12.

Im übrigen gibt es auch noch andere Maßnahmen des StGB., die zweifellos den Strafen zuzurechnen sind, bei denen jedoch von einer Abstufbarkeit nach dem Grade der Schuld keine Rede sein kann; man denke nur, abgesehen von der Todesstrafe, an die eo ipso eintretende Folge der dauernden Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter im Fall der Verurteilung zu Zuchthaus. —

Wenn Goldschmidt, Schoetensack (S. 1) von der Einziehung als einer Rechtsverwirkung sprechen, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Das Wesen der Rechtsverwirkung ist ja gerade darin begründet, daß ipso jure mit der Rechtskraft des Urteils die Folgen der Bestrafung eintreten, auch wenn darauf nicht besonders erkannt ist; die Einziehung steht aber doch im Ermessen des Gerichts, weshalb man nicht davon reden kann, sie erfolge „von Rechts wegen."

[1]) Wie Köbner S. 23 ff. behauptet.

[2]) Auch die im MustG. (§ 21 d. Ges. v. 11. VI. 1870 mit § 14 MustG) angeordnete Einziehung hat nicht die Bedeutung eines Eigentumsüberganges zugunsten des Fiskus, was schon daraus hervorgeht, daß gemäß ausdrücklicher Gesetzesbestimmung nach erfolgter Unschädlichmachung die Gegenstände dem Eigentümer zurückzugeben sind. Abgesehen davon, daß die Einziehung hier nur in Ausübung eines zivilrechtl. Anspruchs als Schutzmittel für den Urheber dient, ist es zufolge obiger Erwägung unrichtig, diese Maßregel als Strafe zu bezeichnen. In dieser Erkenntnis passen die späteren Urheberrechtsgesetze der Maßregel auch den Namen an und bezeichnen sie allgemein als „Vernichtung."

kann, als die Unbrauchbarmachung vielleicht zur Zerstörung der Sache führt; andernfalls wird sie ja nach Beseitigung des gesetzwidrigen Charakters dem Eigentümer zurückgegeben.[1])

Unterscheiden sich also die Maßregeln der §§ 40 und 41 schon ihrem Wesen nach von einander, so besteht kein Bedenken, beide Paragraphen im gegebenen Falle neben einander anzuwenden, zumal sich der Anwendungsbereich der einen Vorschrift keinesfalls mit dem der anderen deckt.[2]) Auch das RG. hat sich in den Entscheidungen Bd. 17 S. 311 und Bd. 36 S. 145 ff. für die Zulässigkeit der cumulativen Anwendung von § 40 und § 41 ausgesprochen; es kann sonach z. B. für einzelne Exemplare einer Schrift die Unbrauchbarmachung, für andere derselben Schrift die Einziehung angeordnet werden.

So haben wir uns denn davon überzeugt, daß die in § 40 ausgesprochene Maßregel reinen Strafcharakter aufweist, indem der Vollzug derselben das Vermögen des Schuldigen vermindert und als selbstverschuldetes Übel empfunden werden soll. Der Mißbrauch der rechtlichen Herrschaft ist es, wodurch der Verlust des Eigentums begründet und gerechtfertigt wird.[3])

Wird nun in mehreren Vorschriften des RStGB. und der Spezialstrafgesetze bei der Anwendung der Maßregel der Einziehung vom Eigentum des Schuldigen abstrahiert, so darf dieser Umstand allein für die Beurteilung des Rechtscharakters nicht als entscheidend oder etwa als Ausnahme in der Anwendung der strafrechtlichen Grundsätze angesehen werden. Denn man muß sich stets vergegenwärtigen, daß alle jene Vorschriften, die die unterschiedslose Einziehung aussprechen, nichts von dem Prinzip des § 40 RStGB. beherrscht, sondern eben als nicht poenale Einziehungen anderen Regeln gehorchen: in allen Fällen der

---

[1]) Vgl. Olshausen, Vorberg, Finger I. S. 500, Frank zu § 40 I.

[2]) Vgl. die eingehenden Ausführungen von Olshausen zu § 41, wo nachgewiesen wird, daß die Vorschrift des § 41 nach mehreren Richtungen weitergeht als die des § 40, nach anderer Beziehung hingegen § 41 weniger streng und nicht so weit greift als § 40.

[3]) Von der Geldstrafe unterscheidet sich die Einziehung nur dadurch, daß das Konfiskat keine vertretbare Sache ist, zum mindesten nicht zu sein braucht und die Einziehung dem Grade der Schuld allerdings nicht in dem Maße angepaßt werden kann, wie dies bei der Geldstrafe möglich ist.

unterschiedslosen Einziehung ist nämlich eine polizeiliche Maßnahme zu erblicken, wobei nichts im Wege steht, dem Gerichte, wenn es einmal mit der Sache befaßt ist, auch die polizeiliche Funktion zu übertragen.[1])

Es entsteht nun die Frage, unter welchen Voraussetzungen überhaupt die Maßregel der Einziehung, wenn auch der Handhabung der Gerichte überlassen, polizeiliche Natur annehmen kann. Der Charakter der Einziehung als reiner Polizeimaßregel wird um so prägnanter hervortreten, jemehr der Gesichtspunkt einer Sicherstellung für die Zukunft und eines Schutzes für die Allgemeinheit in den Vordergrund rückt. Man darf es als einen charakteristischen Unterschied zwischen der Anwendung einer polizeilichen und kriminellen Maßnahme bezeichnen, daß der Schwerpunkt und das Wesen hier in der einzelnen Spezies ruht, während dort die Richtung gegen das Vermögen des Verbrechers maßgebend ist. Damit steht in engem Zusammenhang, daß die polizeiliche Maßregel allgemein gegen die Existenz körperlicher Gegenstände gerichtet sein wird, während die Strafe bei Sachen, die der rechtlichen Herrschaft des Schuldigen nur teilweise unterworfen sind, sich bloß auf den Umfang dieses Rechts beschränken darf.

Sehr scharf zeichnet Ortolan in den élements de droit pénal (Paris 1864) den Unterschied der Einziehung als Strafe und Präventivmaßregel.[2])

[1]) So auch Olshausen. Köbner, Stooß, Rspr. d. RG. in StS. Bd. 8, S. 400, RGE. Bd. 14 S. 161.

A. M.: Binding, Frank, Oppenhoff, die teilweise die Duplizität des Rechtscharakters bei der unterschiedslosen Einziehung behaupten, je nachdem die Maßregel den Schuldigen trifft oder nicht; manche glauben sogar in den Fällen der unterschiedslosen Einziehung immer eine Strafe zu erblicken. Das strafrechtliche Prinzip aber, daß man nur für dasjenige gestraft werde, was man bereits wirklich getan hat, nicht auch für dasjenige, dessen Ausführung erst noch bevorsteht, würde unzulässigerweise durch den Gesichtspunkt erweitert, daß der einmal stattgefundene Mißbrauch der Sache eine Wiederholung befürchten lasse und daher die Einziehung notwendig mache. Wie wenig zutreffend eine derartige Erweiterung des strafrechtlichen Prinzips ist, geht schon daraus hervor, daß die Neigung und Fähigkeit zum Verbrechen nur ausnahmsweise an den Besitz eines bestimmten, als Werkzeug tauglichen Gegenstandes geknüpft sein wird. Vgl. hierüber v. Buri, S. 250 ff.

[2]) „ . . . si la loi s'est fait de cette confiscation un instrument de peine

Die polizeiliche Einziehung tritt stets ein, wenn ein Objekt durch seine Existenz absolut oder weil es sich gerade unter besonderen objektiven Verhältnissen befindet, das öffentliche Wohl gefährdet. Gleichgültig erscheint es dabei, ob eine Verschuldung nachgewiesen werden kann oder nicht und ob das Objekt diesem oder jenem gehört, während gerade in diesen Momenten wesentliche Voraussetzungen für die Strafe begründet sind.[1]) Es steht sonach nichts im Wege, z. B. ungeeichte Gläser, welche in Schankstuben angetroffen werden, polizeilich einzuziehen, mag der Eigentümer eine Schuld tragen oder nicht;[2]) denn schon die bloße Existenz solcher Gegenstände ist geeignet, den öffentlichen Verkehr durch erwachsendes Mißtrauen zu beeinträchtigen.

Bezüglich der §§ 296, 296a RStGB. wird man allerdings nicht behaupten können, daß hier die betreffenden Gegenstände, die der unterschiedslosen Einziehung verfallen, unter allen Umständen absolut gefährlich sind oder das öffentliche Wohl gefährden. Aber aus den Motiven (S. 86) läßt sich die Rechtfertigung dieser Vorschriften ersehen; denn diese weisen darauf hin, daß dem verbreiteten Unfug des gegenseitigen Herleihens der Jagd- bezw. Fischfanggeräte auf eine radikale Weise gesteuert werden müsse.[3])

Oetker sucht in scharfsinniger Weise die Maßregel der unterschiedslosen Einziehung durch die (später von Vorberg aufgenommene) Theorie der kriminellen Garantie zu erklären. Dieser Theorie zufolge begründet die Einziehung gegenüber einem Eigentümer, der nicht als Täter in Betracht kommt, kriminelle Haftung eines Dritten. Der Grundgedanke dieser Theorie ist kurz folgender: „Der Staat interessiert am Unterbleiben des Delikts dritte Personen, die dann, falls das Delikt dennoch zur Existenz kommt, der Nachteil als kriminelle Garantie trifft.“[4]) Der

personelle contre le delinquant qui doive être infligée à ce delinquant en punition du délit par lui commis (Einziehung als Strafe), ou bien si la confiscation est motivée sur un danger ou sur un vice que les choses présentent entre les mains du delinquant, mais qu' elles n'auraient pas généralement en d' autres mains ... (Einziehung als Polizeimaßregel).

[1]) Vgl. z. B. Die Bestimmungen d. RStGB. §§ 152, 360 Z. 2, 367 Z. 7, 8, 9; 31 d. Weinges. v. 1909.

[2]) Vgl. § 5 d. Ges. betr. d. Bezeichnung des Raumgeh. d. Schankgef.

[3]) Vgl. hiezu auch v. Buri, S. 267.

[4]) Vgl. die strafrechtliche Haftung d. verantwortl. Redakteurs von Oetker (Stuttgart 1893).

Zweck bei der Haftbarmachung des Dritten ist also auch ein präventiver, nämlich Verstärkung des Rechtsgüterschutzes durch die Interressierung des Dritten am Unterbleiben des Delikts. Um aber bei diesem Verfahren allzugroße Härten zu vermeiden,[1] macht Oetker[2] den Vorschlag, in den Fällen der unterschiedslosen Einziehung im Gesetz den Passus aufzunehmen, daß, falls die Gegenstände nicht dem Verurteilten gehören, dieselben nur dann der Einziehung verfallen sollen, wenn der Eigentümer diese Verwendung schuldhaft ermöglicht hat. M. E. ist ein schuldhaftes Verhalten nicht einmal notwendig; es genügt vielmehr, daß, sei es mit oder ohne Wissen und Willen des Dritten die Verwendung ermöglicht wurde, wenn diesen nur insoferne eine Verantwortung trifft, als er durch leichtsinniges Verwahren oder durch Herleihen des betreffenden Gegenstandes die nötige Sorgfalt unbeobachtet ließ.

[1] Vgl, den Fall, bei welchem die Einziehung des vom Wilderer benutzten Gewehres, das er dem Förster gestohlen hat, ausgesprochen wird.

[2] Vgl. „Strafen und sichernde Maßnahmen nach dem Vorentwurf (1911)."

II. TEIL.

A.

Voraussetzungen der Unbrauchbarmachung in § 41 RStGB.

a) Voraussetzungen des Erkennens auf Unbrauchbarmachung.

§ 5.

Begriff der Schrift, Abbildung, Darstellung.

Zweifellos ist von diesen drei Begriffen der der „Darstellung," jedes Produkt eines künstlerischen oder nicht künstlerischen Gedankens, der allgemeinere, unter den man den Begriff der Schrift und Abbildung subsumieren kann. Ein Argument hiefür ergibt sich, abgesehen vom Sprachgebrauch, aus den §§ 85 und 110 RStGB. wo von „Schriften oder anderen Darstellungen" die Rede ist.

Unter Schriften sind einfache in Lettern oder in sonstige Schriftzeichen gekleidete Gedankenäußerungen zu verstehen. „Schrift" kann sich sowohl schlechtweg auf alles Geschriebene, wie auch auf Druckschriften im preßrechtlichen Sinn beziehen, also gemäß § 2 Preßgesetz von 1874 auf Druckschriften im engeren Sinn (d. h. „alle Erzeugnisse der Buchdruckerpresse," also aller durch die Herstellung mittels beweglicher, kunstgerecht zum Satze vereinigter Lettern) und im weiteren Sinn (d. h. „alle anderen .... Vervielfältigungen").[1])

Bei den Abbildungen sind solche Werke zu unterscheiden, die ihrem Hauptzweck nach als Kunstwerke anzusehen sind, d. h.

[1]) Auch das durch die Schreibmaschine Geschriebene oder die durch die Kopierpresse und ein Kopierverfahren irgendwelcher Art hergestellten Vervielfältigungen sind hieher zu rechnen, desgl. Musikstücke mit Text; denn der musikalische Teil, die Noten, entkleidet ein Schriftwerk nicht dieser Eigenschaft.

hauptsächlich die Befriedigung des aesthetischen Gefühls des Beschauers bezwecken, und solche wissenschaftlicher oder technischer[1] Art, die nicht ihrem Hauptzweck nach als Kunstwerke zu betrachten sind. Die Abbildungen selbst können, da die Art der verwendeten Technik völlig irrelevant ist, Gemälde, Zeichnungen, Radierungen, Kupfer-, Stahlstiche, Photographien, Photogravüren, Holz-, Steindrucke etc. sein.

Von Darstellungen spricht man vornehmlich in den freien Künsten der Musik, Architektur, Poesie, Malerei, Plastik einschließlich der Schauspielkunst, sei es, daß die Aufführung eines Theaterstückes selbst oder das Auftreten des Schauspielers in einer Rolle eines Bühnenwerkes als Darstellung bezeichnet wird.

Manche Schriftsteller sind nun der Ansicht, § 41 beziehe sich lediglich auf die mechanisch vervielfältigten Produkte: denn hiefür spreche die Fassung des Paragraphen, wonach alle Exemplare sowie die Platten und Formen unbrauchbar zu machen seien. Dem ist aber schon im Hinblick auf die ratio der Gesetzesvorschrift nicht beizupflichten, der zufolge alle Erzeugnisse, die, auf welche Weise nur immer einem größeren unbestimmten Personenkreis mitgeteilt werden,[2] bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 41 der Maßregel unterworfen sein sollen.[3]

Andere hinwiederum behaupten, § 41 beziehe sich lediglich auf Presseerzeugnisse[4] und leiten das Argument für ihre Ansicht aus den Worten des § 41 her, wo von Platten und Formen, von Drucker, Herausgeber, Verleger die Rede sei, also Bezeichnungen, die doch nur bei Preßerzeugnissen gebräuchlich seien.

Goldschmidt (S. 443) empfiehlt sogar, den § 41 aus dem RStGB. zu entfernen und ihn in das Preßgesetz aufzunehmen, da er seinem inneren Wesen nach dem Preßrecht angehöre und auf Preßdelikte abziele.

[1] Hierunter fallen namentlich gewerbliche Erzeugnisse.

[2] Z. B. ein an einer Hausfassade angebrachtes Skulpturwerk, das unter § 184 Z. 1 ev. § 183 RStGB. fallen würde, oder eine in einem Lustspiel vorkommende Rolle, durch die eine bekannte Persönlichkeit in beleidigender Weise charakterisiert wird.

[3] Vgl. Oppenhoff Anm. 3 zu § 41.

[4] So Köbner, S. 21.

Würde die Gesetzesbestimmung in einem derartig engen Sinn ausgelegt, dann dürfte der Zweck der Vorschrift nur unvollkommen erreicht werden, obwohl anderseits zugestanden werden muß, daß es sich bei der Mehrzahl der Fälle wohl um Preßerzeugnisse handeln wird.

Von den durch mechanische oder chemische Mittel bewirkten Vervielfältigungen werden nicht nur die gegenwärtig bekannten, sondern auch die künftig etwa noch in Erscheinung tretenden Vervielfältigungsmethoden mitumfaßt. Denn rechtlich ist es ohne Belang, daß z. Z. der Redaktion des RStGB. bestimmte Arten der Vervielfältigung noch unbekannt waren, entscheidend bleibt allein, ob der Wille des Gesetzgebers sich auch auf jene Art von Darstellungen miterstreckt haben kann. Mit Recht hat daher das RG. Bd. 38, S. 345 sich dahin ausgesprochen, daß die durch den Stift des Phonographen auf den Walzen und Platten hervorgebrachten Einritzungen „Darstellungen" im Sinne des § 41 seien, sofern Reden oder Gesänge in Frage stehen. Denn durch die reproduzierende Tätigkeit wird der Gedankeninhalt vermittels der Einritzungen auf der Walze oder Platte in gleicher Weise fixiert, wie es durch die Buchstabenschrift geschieht. Beide verkörpern den Gedankeninhalt durch Zeichen, die geeignet sind, das Verständnis zu vermitteln; daß dies bei der Buchstabenschrift durch das Auge, bei dem Phonographen durch das Gehör geschieht, vermag einen rechtlichen Unterschied nicht zu begründen. Wie die Buchstabenschrift, so sind auch die Zeichen, die der Stift des Phonographen in der Walze oder Platte eingegraben hat, der Vervielfältigung fähig und auch insofern zur Verbreitung des Gedankeninhalts nicht weniger geeignet als die Buchstabenschrift.

Ähnlich werden auch in Bd. 39, S. 138 die Rollenfilms, die bildliche Darstellung von Geschehnissen enthalten und durch Anwendung des Kinematographen dem Publikum vorgeführt werden als „Darstellungen" im Sinne des § 41 erklärt.

§ 6.

Begriff der Strafbarkeit des Inhalts.

Eine weitere Voraussetzung des Erkennens auf Unbrauchbarmachung bildet die Strafbarkeit des Inhalts einer Schrift. Die Strafbarkeit muß dem Inhalte einer Schrift anhaften, d. h. in einer

strafbaren Gedankenäußerung bestehen. „Strafbarer Inhalt“ im Sinne des § 41 RStGB, (im Gegensatz zu § 42, vgl. § 11 der Abhandlung) ist aber ein solcher Inhalt, dessen Kundgebung von seiten irgend einer Person den vollen objektiven und subjektiven Tatbestand eines bestimmten Delikts erschöpft.[1]) Würden z. B. Drucksachen verschickt, die in einer Darlegung angeblicher Vorzüge eines Lotterieunternehmens bestünden, mit gleichzeitiger Zusendung von Gewinnplänen, Losbestellzetteln etc., so könnte auch nicht im geringsten hierin ein Gedanke gefunden werden, dessen Äußerung schon für sich allein betrachtet, von strafrechtlichem Belang sein kann. Nicht der Inhalt dieser Drucksachen wäre strafbar, sondern nur ihre Einführung in einem ihnen gesetzlich verschlossenen Bundesstaat.[2])

Werden neue Inhaberpapiere mit Prämien, die durch das Reichsgesetz vom 30. IV. 1871 nur unter gewissen Bedingungen ausgegeben werden dürfen, in den Handel gebracht, so verfallen diese Papiere nicht der Maßregel des § 41, weil nicht der Inhalt, sondern das Ausgeben, Verbreiten derselben strafbar ist.[3])

Schließlich gibt es mannigfache Darstellungen, welche nicht an sich, sondern, lediglich durch die konkreten Umstände bedingt, strafbaren Charakter annehmen. Danach ist es zweifellos, daß bildliche oder schriftliche Darstellungen, die zunächst künstlerischen oder wissenschaftlichen Zwecken zu dienen bestimmt und deshalb an sich nicht strafbar sind, durch die Form einer gewissen Schaustellung ihre Natur verändern, sich also in strafbare umwandeln können. Es ist z. B. rechtlich etwas durchaus Verschiedenes, ob Vorgänge, welche die medizinische Wissenschaft unter dem Begriff Physiologie der Zeugung zusammenfaßt, in einem Hörsaal für Lehrzwecke durch Wort und Bild sowie anatomisches Präparat Akademikern anschaulich gemacht werden oder ob das Gleiche anderswo, etwa auf einem Jahrmarkt oder vor einer sensationslustigen Menge, angestaunt wird.

---

[1]) „§ 41 erfordert (im Gegensatz zu § 42) das Vorhandensein einer strafbaren Handlung mit ihren subjektiven und objektiven Erfordernissen;“ Frank Anm. II 3 zu § 41.

[2]) Vgl. RGE. Bd. 36, S. 271.

[3]) Hier greift unter Umständen § 40 StGB. Platz.

Die fragliche Gedankenäußerung kann nun im einzelnen Fall unmittelbar Rechtsgüterverletzung sein (wie dies bei der öffentlichen Beleidigung, Gotteslästerung zutrifft) oder Rechtsgütergefährdung (wie bei der öffentlichen Aufforderung zu strafbaren Handlungen § 111 StGB.) oder in schlechthin verbotenen Handlungen bestehen, die in die Kategorie des reinen Ungehorsams fallen (vgl. §§ 85, 110, 131 etc. StGB.). Irrelevant ist hiebei, ob es sich um ein Verbrechen, Vergehen oder eine Übertretung, um vorsätzliche oder fahrlässige Begehung eines Delikts, um Vollendung oder einen strafbaren Versuch handelt. Jedenfalls muß aber der in der Schrift fixierte Gedanke kundgegeben, geäußert sein, und dies vollzieht sich, wie bereits erwähnt, mit der Verbreitung. Oetker sagt treffend[1]: „Nur im Kopf des denkenden Subjekts sind die Gedanken zollfrei, laufen sie als gesprochenes, geschriebenes, gedrucktes Wort aus ihrem Freihafen aus, so werden sie zollpflichtig.“ Sobald der Gedanke einmal kundgegeben ist, kann der Erzeuger für sein Geistesprodukt verantwortlich gemacht werden.

Selbstverständlich müssen durch die Kundgebung des Gedankens ohne weiteres sämtliche Begriffsmerkmale eines im Strafgesetze vorgesehenen Tatbestandes erfüllt sein.[2])

Eine Spezies der durch Gedankenäußerung begangenen strafbaren Handlungen sind die Preßdelikte.[3]) Ist nämlich der Inhalt einer Druckschrift im Sinn des § 2 des Preßgesetzes strafbar,[4])

[1]) Goltd. Arch., Bd. 26 „Zur Lehre von den Preßdelikten.“

[2]) Eine gotteslästerliche Schrift kann z. B. niemals der Unbrauchbarmachung verfallen, wenn das Tatbestandserfordernis der Erregung von Ärgernis nicht gegeben ist, desgleichen nicht eine unzüchtige Darstellung im Sinn des § 184 Ziff. 1, wenn keine Schritte geschehen, um sie in den Verkehr zu bringen.

Das RG. erklärt in Bd. 30 S. 194: „Nicht der Inhalt ist für sich in Betracht zu ziehen und zu prüfen, ob und inwieweit dieser geeignet ist, ein einzelnes Tatbestandsmerkmal einer bestimmten mit Strafe bedrohten Handlung zu erfüllen, während alle sonstigen zur Herstellung des gesetzlich bestimmten Tatbestandes erforderlichen Tatumstände, die außerhalb des Inhalts der Schrift liegen, außer Berücksichtigung bleiben.“

[3]) Vgl. Oetker „Goltd. Archiv,“ Bd. 26.

[4]) Die §§ 23—26 d. Preßges. ordnen lediglich die Materie der polizeil. u. staatsanwaltschaftl. Beschlagnahme selbständig, haben aber auf die richterl. angeordnete Unbrauchbarmachung, die wir allein zu betrachten haben, keinen

so liegt ein Preßdelikt vor; dabei ist zu beachten, daß nicht jede vermittels einer Druckschrift begangene strafbare Handlung ein Preßdelikt begründet, man denke nur z. B. an das Übersenden einer noch nicht verbreiteten Druckschrift strafbaren Inhalts an eine bestimmte Person.[1])

Auf die ebenso interessante wie schwierige Streitfrage der Konstruktion des Preßdelikts kann hier nicht des Näheren eingegangen werden. Die eine Ansicht geht dahin, die Gedankenäußerung müsse die Totalität der strafbaren Handlung umfassen, sie dürfe nicht das Mittel zur Begehung eines Delikts, sie müsse selbst die Begehung eines Delikts sein. Da aber hiernach eine größere Anzahl von Straftaten, bei denen sehr wohl die Presse als Mittel der Begehung in Betracht kommen kann, aus der Kategorie der Preßvergehen ausgeschieden würde, so vertreten andere Schriftsteller dementsprechend eine auch diese Fälle mitumschließende Theorie.[2])

Sollte die Gedankenäußerung nur das Mittel zur Herbeiführung eines rechtswidrigen Erfolges, der objektive Tatbestand also durch den Inhalt der Druckschrift nicht voll erschöpft sein, so kommt § 40 bezw. 41 in Anwendung, sobald nur ein strafbarer Versuch vorliegt. Dies wird im allgemeinen der Fall sein bei den Delikten gegen Vermögen, Freiheit, Gesundheit, Leben, überhaupt bei allen strafbaren Handlungen, bei denen die Norm erst mit der Erreichung eines weiteren als in der schriftlichen Gedankenäußerung liegenden Zieles übertreten ist. (z. B. bei Betrug, Erpressung, Mißbrauch der Amtsgewalt usw.)

Auszuscheiden sind regelmäßig bei dem Begriff der Strafbarkeit des Inhalts einer Schrift die Handlungen, bei denen es sich um einen Verstoß gegen die Ordnung der Presse handelt, wo also das strafbare Moment nur in der Ordnungswidrigkeit,[3]) nicht aber im Inhalt der Schrift begründet ist.

Einfluß; es bleiben daher die §§ 41 und 42 RStGB., wo es sich um die richterliche Anordnung handelt, durch die § 23 ff. unberührt. — Vgl. auch RGE. Bd. 4, S. 235.

[1]) Vgl. v. Liszt, Reichspreßrecht S. 14.

[2]) Vgl. hierüber Oetker in Goltd. Arch. Bd. 26, „Zur Lehre von den Preßdelikten."

[3]) RGE. Bd. 4. S. 235; Olshausen Anm. 4 zu § 41.

Weiterhin fallen nicht unter dem Begriff der Strafbarkeit des Inhalts einer Schrift im Sinn des § 41 RStGB. alle die Handlungen, deren Strafbarkeit nicht in der Beschaffenheit des Inhalts, sondern in anderweiten Momenten ihren Grund hat, wie z. B. beim Nachdruck,[1]) wo ohne Strafbarkeit des Inhalts durch die bloße Hervorbringung eines Werkes in die Rechte eines anderen eingegriffen wird oder bei Offenbarungen eines Geheimnisses in den Fällen der §§ 300, 353a, 355 RStGB.

Wahrheitsgetreue Berichte über Verhandlungen in den öffentlichen Sitzungen des Reichstags, über Verhandlungen eines Landtages oder einer Kammer eines zum deutschen Reich gehörigen Staates können ebensowenig wie ein zur Wahrung berechtigter Interessen dienender und daher für straflos erachteter Inhalt einer Schrift der Durchführung der Unbrauchbarmachungsmaßregel unterliegen. (Vergl. Art. 22 der Reichsverfassung, §§ 12, 193 RStGB.)

b) Voraussetzungen des Vollzuges der Unbrauchbarmachung.

§ 7.

Die Erfordernisse des Absatzes 2 in § 41: Personenkreis — Besitz — öffentliches Auslegen und Anbieten.

Die Wirkung der im Abs. 1 des § 41 geregelten, im Urteil auszusprechenden Unbrauchbarmachung der Exemplare wird durch Abs. 2 der Vorschrift zunächst in der Weise eingeengt, daß sie sich nur auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt: auf den Verfasser, Drucker, Herausgeber, Verleger und Buchhändler; nicht abhängig von einer ähnlichen Voraussetzung ist die Durchführung der Unbauchbarmachung der zur Herstellung der Schrift bestimmten Formen und Platten.[2]) Dem Präventionszwecke ist bereits genügt, wenn die Unbrauchbarmachung derjenigen Exemplare bewirkt wird, bei denen nicht die Möglichkeit sondern die Gefahr einer weiteren Verbreitung der Schrift strafbaren Inhalts vorliegt.[3]) Eine solche ist beim bloßen Privatbesitz beliebiger Dritter noch

[1]) Für die Nachdrucksgesetzgebung gelten besondere Vorschriften, vergl. § 9 der Abhandlung, S. 45.

[2]) Vgl. Preuß. StGB. v. 1851, § 19 Abs. 3, in welchem der Maßregel unterschiedslos „alle vorfindlichen Exemplare“ unterworfen wurden.

[3]) Vgl. Olshausen zu § 41.

nicht anzunehmen; zweifellos ist sie aber vorliegend bei der im Absatz 2 bezeichneten Personenkategorie, weil schon der Beruf dieser Personen eine weitere Verbreitung der gefahrdrohenden Schrift präsumieren läßt. Naturgemäß genügt es nicht, daß man Buchhändler, Verleger usw. ist und das betreffende Buch vielleicht zufällig besitzt, vielmehr müssen die in Abs. 2 bezeichneten Personen gerade zu der inkriminierten Schrift in dem Verhältnis des Buchhändlers, Verlegers usw. stehen.

Als Verfasser wird derjenige bezeichnet, der der geistige Urheber der Schrift ist. Bei größeren Sammelwerken (Lexikaausgaben etc.), wobei verschiedene Schriftsteller als Verfasser beteiligt sind, taucht die Frage auf, ob in diesem Fall die Unbrauchbarmachung der Exemplare stattfinden kann, die einer dieser mehreren Autoren dieses Werkes in seinem Besitz hat. Denn der Verfasser der einzelnen Abhandlung besitzt ja nicht in der Eigenschaft als „Verfasser" das ganze Werk. Dem Willen des Gesetzgebers wird aber sicher entsprochen werden, wenn auch in einem derartigen Fall die Unbrauchbarmachung der im Besitz eines einzelnen Autors befindlichen Exemplare ausgesprochen wird, falls nicht eine Ausscheidung des zum Beispiel für unzüchtig befundenen einzelnen Artikels aus dem Sammelwerk gemäß Abs. 3 betätigt werden kann.

Drucker ist sowohl der gewerbliche als nicht gewerbsmäßige Unternehmer einer Druckerei,[1]) und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er Eigentümer derselben ist oder etwa nur Pächter. Unter den Begriff des Druckers fällt neben dem Inhaber einer Anstalt, welche dem Druck im engeren Sinn dient, auch der Inhaber jeder Einrichtung, die zur Vervielfältigung von Schriften, Abbildungen und Darstellungen durch mechanische oder chemische Mittel geeignet ist.

Unter Verleger wird derjenige verstanden, dem der Verfasser vertragsmäßig die Vervielfältigung der Schrift, Abbildung oder Darstellung und deren Vertrieb überlassen hat, wobei es keinen Unterschied bewirkt, ob dies gegen Honorar, andere Vorteile oder unentgeltlich geschieht. Unerheblich ist auch, ob der Vertrieb auf Gewinn oder Verlust der Autorpartei erfolgt, wie es beim sog. Kommissionsverlag der Fall ist.

[1]) Darunter fällt nicht das untergeordnete Personal einer Druckerei.

Als Herausgeber kommt derjenige in Betracht, der ein Werk nicht oder doch nicht vollständig verfaßt hat und dem Verleger gegenüber das zu druckende Material sammelt und ordnet; er ist es, der das Erscheinen der Schrift bewirkt, durch dessen Tätigkeit also letztere in die Öffentlichkeit gebracht wird. Unter Herausgeber im Sinn des Abs. 2 wird in der Literatur allgemein der Redakteur mitverstanden; zwar ist Redakteur im Sinne des Preßgesetzes (§§ 6, 7) ausschließlich der terminus technicus für den Herausgeber einer periodischen Druckschrift, so daß allerdings zwischen dem Redakteur und Herausgeber (wenigstens im Preßgesetz) zu unterscheiden ist. Da das RStGB. jedoch älter als das Preßgesetz ist, ist es unzulässig, irgendwelche Begriffe des ersteren aus dem Preßgesetze erklären zu wollen.

Buchhändler endlich ist derjenige, der die Geschäfte des Buchhändlers gewerbsmäßig betreibt; hierunter fällt auch der Sortimentsbuch- und Kunsthändler, welchem der Verleger auf Grund eines Vertragsverhältnisses das von ihm selbst verlegte Werk in einer Anzahl von Exemplaren zum Zwecke des Verkaufs überschickt.

Die Exemplare einer Schrift, Abbildung oder Darstellung müssen sich nun im Besitz einer dieser Personen befinden oder sie müssen, ohne daß sie in deren Besitz zu sein brauchen, wenigstens öffentlich ausgelegt oder öffentlich angeboten sein.

Wir wollen daher in erster Linie den Begriff des Besitzes im Sinn des § 41 Abs. 2 darlegen und anschließend daran untersuchen, unter welchen Voraussetzungen von einem öffentlichen Auslegen und Anbieten gesprochen werden kann!

Zunächst ist zu der Frage Stellung zu nehmen, ob Besitz im Sinn von bloßem Gewahrsam, körperlicher Verfügungsgewalt, oder aber in civilrechtlicher Bedeutung aufzufassen ist. Mehrfach[1] wird nämlich die Ansicht vertreten, Besitz sei in der Bedeutung zu erklären, die der Sprachgebrauch des täglichen Lebens mit dem Ausdruck Besitz verbindet, also identisch mit tatsächlicher Innehabung. Wenn Glücksmann zur Begründung der gleichen Ansicht zu behaupten sucht: „Der Strafrichter soll der civilrechtlichen Prüfung der Eigentumsverhältnisse überhoben werden, um

[1] Vgl. v. Liszt, Rubo

so Umgehungen des Gesetzes, die bei der Kompliziertheit des buchhändlerischen Verkehrs ganz besonders nahe liegen, vorzubeugen," so glaube ich, daß sich gerade aus dieser Befürchtung die civilrechtliche Bedeutung des Besitzes beweisen läßt. Denn wäre tatsächliche Innehabung erforderlich, so könnte z. B. ein Buchhändler unschwer sich sämtlicher inkriminierter Abbildungen, falls noch nicht deren Beschlagnahme erfolgt ist, dadurch entledigen, daß er dieselben in der Wohnung eines Bekannten, der nicht unter die in Abs. 2 bezeichneten Personen fällt, unterbringt. In diesem Fall würde die Durchführung der Unbrauchbarmachung durch Gesetzesumgehung vereitelt werden können. Wenn Liszt aber behauptet, die Exemplare könnten dann nicht der Maßregel unterworfen werden, wenn eine der Personen des Absatz 2 sie bei einem Dritten deponiert hat, so liegt darin eine Verkennung des vom Gesetzgeber mit der Vorschrift beabsichtigten Zweckes. Gebraucht er doch in § 41 bewußt den Begriff des Besitzes im Gegensatz zu dem des Eigentums, das für § 40 eine Voraussetzung zur Einziehung bildet! Gerade durch diese Gegenüberstellung der beiden Begriffe wollte er zum Ausdruck bringen, daß Besitz im civilrechtlichen Sinne zu verstehen ist

Sonach befindet sich ein Exemplar auch dann im Besitz des Buchhändlers und unterliegt infolgedessen der Unbrauchbarmachung, wenn es ein Dritter für ihn kraft eines Rechtsverhältnisses besitzt, vermöge dessen er dem Buchhändler gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt ist[1] (z. B. als Pfandgläubiger, Entleiher, Verwahrer). Unbrauchbarmachung ist also auch bezüglich der vom Buchhändler den Kunden zur Ansicht übersandten Exemplare zulässig; denn auch in diesem Falle ist der Buchhändler noch Besitzer, wenn auch nur mittelbarer.[2])

Zweifellos darf auch gegenüber Exemplaren, die sich bei einem in Konkurs befindlichen Buchhändler vorfinden, die Maßregel verhängt werden; denn der Umstand, daß letzterem gemäß §6 KO. die Verfügungsgewalt über die zur Konkursmasse gehörigen

[1]) Olshausen z. § 41 Nr. 9, Frank, Oppenhoff, Köbner S. 33 vertreten ebenfalls die Ansicht, daß Besitz auch den mittelbaren gem. § 868 BGB. umfasse.

[2]) Darüber, daß nur der Geschäftsbesitz, nicht der Privatbesitz der inkriminierten Gegenstände getroffen wird, vgl. S. 33 der Abhandlung.

Gegenstände entzogen ist, schließt nicht die Ausübung des Besitzes der betreffenden Gegenstände durch den Gemeinschuldner aus.

Was endlich den Zeitpunkt anlangt, in welchem sich die fraglichen Exemplare im Besitz der in Abs. 2 genannten Personen befinden müssen, so ist lediglich der Moment der Vollziehung der Maßregel, unter Umständen die zur Sicherstellung der Maßregel erfolgende Beschlagnahme gemäß § 94 StPO. entscheidend, nicht aber kann es auf den Moment des Urteilsausspruches ankommen. Als eine Konsequenz hieraus ergibt sich, daß falls eine der Personen des Abs. 2 im Zeitpunkt des Urteilserlasses nicht im Besitz der Exemplare ist, nachträglich aber denselben erlangt, die Unbrauchbarmachung zu erfolgen hat; umgekehrt darf sie nicht stattfinden, wenn die Exemplare zwar zur Zeit des ergangenen Urteils im Besitze der fraglichen Personen standen, zur Zeit der Vollziehung der Maßregel aber aus diesem Besitz gekommen sind.[1])

Gibt nun einerseits die Beschränkung der Urteilswirkung auf die in Abs. 2 genannten Personen die Absicht des Gesetzgebers zu erkennen, daß die Unbrauchbarmachung als Präventivmaßregel die Grenzen ihres Zweckes nicht überschreiten und das Eigentum Privater geschont werden soll, so wird es in folgerichtiger Durchführung des Präventivgedankens durchaus zur quaestio facti gemacht, wo diese Grenzen zu ziehen sind, indem die Unbrauchbarmachung ohne Rücksicht auf den „Besitzer“ die öffentlich ausgelegten oder öffentlich angebotenen Exemplare trifft.

Der Begriff der Öffentlichkeit ist hier, wie überall im StGB. in dem Sinn zu verstehen, daß öffentlich alles geschieht,

[1]) Vgl. hierüber Neumann S. 46ff. — Komplizierter ist die Prüfung der Frage, auf welchen Zeitpunkt die im Urteil nach § 40 StGB. ausgesprochene Einziehung zu beziehen ist. Da eine nähere Erörterung dieser Streitfrage eigentlich nicht hieher gehört, möge nur der Vervollständigung halber angedeutet werden, daß die Auffassung Oetkers die zutreffende ist, wonach der Eigentumsübergang durch die Rechtskraft des Urteils ex tunc, allerdings (wenigstens m. E.) erst nach erfolgter Beschlagnahme (vgl. § 897 CPO.) vollzogen wird. Andernfalls würde man mit dem Grundsatz des § 932 BGB. in Konflikt geraten, zumal hier unter Umständen ein Dritter, der vom seitherigen Eigentümer das Objekt nach ergangenem Urteil, aber noch vor Eintritt der Rechtskraft abkaufte, mit noch größerem Recht des Schutzes bedarf, da er ja den Erwerb von einem Eigentümer herleitet.

was einem größeren, nach Art und Zahl der Personen nicht genau bestimmten Personenkreis wahrnehmbar ist. Die Veröffentlichung erfordert nicht etwa den Nachweis der wirklich erfolgten Kenntnisnahme durch das Publikum,[1]) sondern es genügt jede Handlung, welche die Möglichkeit der allgemeinen Kenntnisnahme von der Schrift zur unmittelbaren Folge hat. Wesentlich ist also für den Begriff des öffentlichen Auslegens und Anbietens[2]) die tatsächliche oder vermutliche Zugänglichmachung der Exemplare für einen nicht abgeschlossenen Personenkreis, wobei das „Auslegen" auf objektive Maßnahmen, das „Anbieten" dagegen auf persönliche Handlungen deutet, wodurch die Zugänglichmachung an das Publikum bewirkt werden soll. Unerheblich bleibt jedenfalls, daß die betreffende Handlung an einem öffentlichen Ort vorgenommen wurde, es muß nur die Möglichkeit bestehen, daß sie unbestimmt von welchen und wievielen Personen wahrgenommen werden konnte. Olshausen vertritt m. E. die zu weit gehende Ansicht, eine Öffentlichkeit sei nicht mehr gegeben, wenn die Handlung so betätigt werde, daß sie nur für die Wahrnehmung gewisser Personen bestimmt und, von Zufälligkeiten abgesehen, auch nur von diesen bemerkt werden könne.[3])

Wann Oeffentlichkeit anzunehmen ist, unterliegt der richterlichen Beurteilung nach Maßgabe der konkreten Umstände. Sicher gelten als öffentlich ausgelegt nicht bloß die zum Verkauf ausgestellten, sondern auch die an öffentlichen Orten (z. B. in Cafélokalen) zum Lesen bereit gestellten Exemplare. Die Frage, ob auch die in einer geschlossenen Gesellschaft (z. B. einem Kunstverein) aufliegenden Zeichnungen als öffentlich ausgelegt zu erachten sind,[4]) ist mit der Einschränkung zu bejahen, daß nur dann,

[1]) Das im Verkaufsladen ausgestellte Buch, die ausgelegte obszöne Zeichnung braucht also nicht vom Publikum gesehen zu sein.

[2]) Diese Bezeichnungen sind mit dem Begriff der Verbreitung identisch; „Auslegen" ist aber nicht gleichbedeutend mit „Hinlegen"; unter ersterem Begriffe ist das unbedeckte und somit den Anblick ermöglichende Hinlegen zu verstehen. Dies liegt z. B. in Ansehung desjenigen Exemplars nicht vor, welches ein Zeitungsverkäufer in seinem zwar offenen Kasten, jedoch so bewahrt, daß es der allgemeinen Kenntnisnahme entzogen ist.

[3]) Vgl. Olshausen zu § 41 Nr. 11.

[4]) Oppenhoff Nr. 16 zu § 41 bejaht dies in jedem Falle, während Frank die Frage rundweg verneint.

wenn auch das Einführen von Gästen gestattet ist, der Begriff der Öffentlichkeit gegeben ist.

Zweifellos ist ein öffentliches Auslegen in der Etablierung einer Leihbibliothek zu ersehen, wodurch Leselustige in unbeschränkter Zahl zur Lektüre aller in der Bibliothek vorhandenen Bücher aufgefordert werden. Nicht anzunehmen ist dagegen die Öffentlichkeit bei dem vertraulichen Anbieten einer Schrift von seiten eines Buchhändlers an seine Freunde, wenn dies nicht in der Absicht des Weiterverbreitens durch letztere geschieht.

Immerhin ist es schwierig, bei alledem stets die richtige Grenze zu ziehen; man denke nur an den Fall des Verteilens einer Schrift an Gesinnungsgenossen, an die Mitglieder einer politischen Partei!

Unter den Begriff des Auslegens und Anbietens ist unter Umständen auch die Ankündigung des Titels eines Buches im Schaufenster zu Verkaufszwecken zu rechnen; geschieht dies in der Weise, daß der an sich nicht strafbare Titel[1]) beliebigen Dritten zugänglich ist, so fällt auch diese Art der Ankündigung unter das öffentliche Auslegen und Anbieten im Sinn des § 41. Keinesfalls ist hiebei das Moment der Gewinnerzielung erforderlich, vielmehr genügt z. B. das nicht zu Geschäftszwecken erfolgte Auslegen als unsittlich zu erachtender Figuren an einem den Blicken der Passanten zugänglichen Fenster eines Wohnhauses, oder das Anbieten von unentgeltlich zu vertreibenden Flugblättern hochverräterischen Inhalts.

§ 8.

Der Ausspruch im Urteile; die Beschränkung nach Abs. 3 des § 41.

Das ergehende Urteil muß den strafbaren Inhalt der Schrift feststellen, außerdem die Beteiligung desjenigen daran, gegen den es erlassen wird.[2])

---

[1]) Z. B. ein Werk, betitelt „Schönheit", in welchem sich in der Hauptsache auf die Sinnlichkeit berechnete, obszöne Abbildungen befinden.

[2]) Wird die Beteiligung eines Dritten angenommen, so darf die Unbrauchbarmachung durch das Urteil nicht ausgesprochen werden, sondern kann nur ev. in einem neuen Strafverfahren gegen den ermittelten Täter oder nach Maßgabe des § 42 erfolgen; vgl. Olshausen zu § 41 Nr. 6.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes schon läßt sich die Formel für den Urteilstenor entnehmen, wonach die Unbrauchbarmachung aller Exemplare sowie der zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen ausgesprochen werden muß. Zu letzterer Anordnung ist es aber nicht notwendig, daß mittels der Platte bereits Abdrücke hergestellt sind, falls nur der Inhalt der Handschrift als strafbar anzusehen war.[1])

Eine in das Urteil aufzunehmende spezielle Anordnung, auf welche Weise mit dem der Maßregel verfallenen Objekt zu verfahren ist, wäre überflüssig; denn die Ausführung im einzelnen unterliegt dem Ermessen der vollstreckenden Behörde. Keineswegs wird es aber dem Richter verboten sein, insbesondere, wenn ein hierauf bezüglicher Antrag gestellt worden ist, im Urteil über die Ausführung der Maßregel genauere Bestimmungen zu treffen.[2]) Die Beschränkung der Maßregel auf die Personen des Ab. 2 braucht, da sie nur der Vollstreckungsbehörde einen Anhaltspunkt gibt, nicht in den Urteilstenor aufgenommen zu werden.

Indem § 41 im Interesse der Prävention die Unbrauchbarmachung auch auf Exemplare erstreckt, die sich in den Händen von deliktsunbeteiligten Personen befinden, ist dem Strafurteil ein über seinen sonstigen Umfang hinausreichende Wirksamkeit verliehen: ohne das ein neues Strafverfahren nötig wäre, ist das Urteil gegen die in Abs. 2 genannten Personen vollstreckbar. Wenn Seuffert[3]) wünscht, diese Ausdehnung der Rechtswirksamkeit des Urteils zum Nachteil der Schrift sollte konsequenterweise auch zu deren Gunsten anerkannt werden, wenn mit Rücksicht auf die Straflosigkeit des Schriftinhalts Freisprechung erfolgt ist, so daß bei neuerlicher Verbreitung von einer Prüfung der Strafbarkeit abgesehen wird, so muß hiegegen entschieden Stellung genommen werden. Denn Gegenstand der Strafklage und des Strafurteils bildet immer nur eine konkrete d. h. eine zeitlich und örtlich näher bezeichnete Handlung einer bestimmten

[1]) Vgl. Olshausen, Köbner; a. M. Oppenhoff.

[2]) In vielen Spezialstrafges. ist dies übrigens, wie wir bereits gesehen haben, geschehen, indem dort der Weg bei der Durchführung der Unbrauchbarmachungs-Maßregel genauer angezeigt ist.

[3]) In Stengels Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts I. Bd. 1. Aufl. 1890, S. 310 ff.

Person. Erfolgte die Freisprechung z. B. aus dem Grunde, weil das Gericht eine verbreitete Schrift nicht für unzüchtig erachtete, so ist damit noch keineswegs rechtskräftig festgestellt, daß die Schrift nicht unzüchtigen Inhalts sei, sondern nur, daß eine Person sich nicht der in der Anklage nach Zeit und Ort bestimmten Handlung schuldig gemacht habe. Allerdings kann in konsequenter Durchführung des Prinzips ne bis in idem wegen derjenigen konkreten Handlung, die die Veranlassung zur Freisprechung gegeben hat, dieselbe Person nicht noch einmal strafrechtlich verfolgt werden; dagegen wird sie unbedenklich wegen einer späteren, gleichen Handlung unter Anklage gestellt werden können, und das Gericht wird alsdann, ohne an die frühere Entscheidung gebunden zu sein, aufs neue zu prüfen haben, ob die unter Anklage gestellten Handlungen den Tatbestand eines Delikts erfüllen.[1])

In unerklärlicher Weise hat sich die Literatur einer eingehenderen Erörterung der Frage überhoben, ob der Ausspruch der Unbrauchbarmachung unter allen Umständen gleichzeitig mit dem Strafurteile zu geschehen habe oder ob es nicht auch zulässig ist, im Fall der gänzlichen Versäumung der Anordnung im seinerzeit gefällten Urteile gegen den Täter, letztere in einem neuen Verfahren nachzuholen.

Findet man bei einigen Schriftstellern diese Frage erwähnt, dann ist sie kurzerhand ohne jegliche Begründung dahin entschieden, daß eine Nachholung des versäumten Ausspruches auf Unbrauchbarmachung in einem neuen Verfahren unzulässig sei.

Zur Entscheidung und Prüfung dieser Frage, die praktisch allerdings nur selten vorkommen wird, ist es nötig zu unterscheiden, ob die nachzuholende Anordnung der Maßnahme nach noch nicht rechtskräftig gewordenem Urteil oder nach bereits eingetretener Rechtskraft erfolgen soll.

In ersterem Fall ist zweifellos eine Ergänzung des erstinstanziellen Urteils durch den Berufungsrichter, auch wenn das Rechtsmittel vom Angeklagten oder zugunsten desselben von der Staatsanwaltschaft eingelegt war, zulässig. Davon, daß, nachdem das Urteil die relative Rechtskraft erlangt habe, ein reformatio in pejus nicht möglich sei, kann ernstlich nicht gesprochen werden,

[1]) Vgl. RGE. Bd. 5, S. 105.

da das erwähnte Verbot sich nur auf Strafen, nicht auch auf sichernde Maßnahmen bezieht.[1])

Wie aber verhält es sich bei bereits eingetretener Rechtskraft, wenn der Ausspruch der Maßregel aus irgendwelchen Gründen bei der Urteilsfällung überhaupt unterblieben war?

Feststeht, daß die Unbrauchbarmachung nach § 41 nur bei einem auf Strafe lautenden Urteil gegen den an dem strafbaren Inhalt der Schrift Beteiligten ausgesprochen werden kann. Ist hieraus aber zwingend eine prozessuale Vorschrift über den gleichzeitigen Erlaß jener Maßnahme mit dem Strafurteile zu folgern, oder läßt § 41 nicht auch die Möglichkeit offen, in einem sogenannten Nachtragsverfahren[2]) auf Unbrauchbarmachung zu erkennen?

Als Hauptargument für die letztere Ansicht möchte ich auf die Entstehungsgeschichte des § 41 kurz hinweisen.

In der Kommission der zweiten Kammer[3]) knüpfte sich an die beiden letzten Absätze des § 19[4]) des StGB. für die Preußischen Staaten vom 14. IV. 1851, in denen die Vernichtung von Schriften strafbaren Inhalts, aber noch nicht das objektive Verfahren seine Regelung fand, eine längere Erörterung. Indem nämlich in der Regierungsvorlage die Worte „im Strafurteil zugleich" fehlten, entstand die Frage, ob nicht durch diese Bestimmung die Staatsanwaltschaft ermächtigt werde, auch in solchen Fällen, in denen sie wegen des Inhalts einer Schrift eine bestimmte Person nicht verfolgt, die Vernichtung der vorgefundenen Exemplare etc. zu beantragen, und ob nicht der Richter in einem solchen Falle, ohne einen Angeschuldigten vor sich zu haben, lediglich über diesen Antrag erkennen muß.

---

[1]) a. M. Oppenhoff zu § 41 Nr. 20.

[1]) Dieses Nachtragsverfahren ist nicht mit dem objektiven Verfahren des § 42 identisch; denn nach erfolgter Verurteilung einer Person ist falls die Unbr. schon im damaligen Strafurteil hätte ausgesprochen werden sollen, ein objektives Strafverfahren gemäß § 42 ausgeschlossen. (Vgl. auch RGE. Bd. 5, S. 389). — Auch richtet sich ein solches Verfahren nicht nach den Vorschriften der § 477 ff. StPO.; denn die Entscheidung erfolgt ja „in Verbindung mit einem (allerdings bereits erlassenen) Urteile in der Hauptsache", vgl. § 477 StPO.

[3]) Vgl. den Bericht der Kommission der zweiten Kammer zu § 19 Abs. 3, 4

[4]) Vgl. S. 9, Anm. 1 der Abhandlung.

Dieses nunmehr durch § 42 RStGB. gestattete Verfahren, erschien zu jener Zeit „jedenfalls abnorm, wenn dessen Notwendigkeit unter Umständen auch anzuerkennen sein sollte.“ Man fügte daraufhin die Klausel „im Strafurteil zugleich“ bei, wodurch man also nur ausdrücken wollte, daß jenes Erkenntnis auf die Vernichtung ein Strafurteil gegen einen bestimmten Angeschuldigten voraussetze, sich folglich an die Durchführung eines Strafverfahrens gegen eine Person anschließen soll. Wenn nun in der Folge die Worte des § 41 RStGB., wonach die Unbrauchbarmachung „im Urteil“ auszusprechen ist, übertriebener Weise dahin interpretiert wurden, daß nur in dem unmittelbar auf ein Prozeßverfahren erlassenen Urteile die Maßregel auszusprechen ist, so fehlt zu dieser Art der Auslegung jede Berechtigung.

Auf Grund dieser Erwägungen gelange ich sonach zu dem Resultate, daß ein Nachtragsverfahren durchaus zulässig ist.

Zweifelhafter ist die Frage, ob bei Straffreierklärung gemäß § 199 RStGB. die Unbrauchbarmachung auf Grund des § 41 oder § 42 anzuordnen ist. Allerdings ist in diesem Fall, der bei wechselseitigen schriftlichen Beleidigungen denkbar ist, „die Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar“ (vgl. § 42); allein an dem deliktischen Charakter der betreffenden Handlung wird durch die Straffreierklärung nichts geändert, sodaß die Maßregel, zumal sie nicht Strafe ist, unbedenklich auf Grund des § 41 im Anschlusse an das stattgefundene Strafverfahren ausgesprochen werden darf.[1])

Über die Möglichkeit des cumulativen Ausspruchs der Einziehung neben dem der Unbrauchbarmachung wurde bereits in § 4 der Abhandlung S. 21 gesprochen.

Eine Milderung der in Abs. 1 des § 41 angeordneten Maßregel gestattet Abs. 3, der mit einer Ausnahme fast wörtlich dem § 19 Abs. 4 des preuß. Strafgesetzbuches nachgebildet ist. Zur Anwendung[2]) dieser Vorschrift ist ein doppeltes erforderlich:

1. Die Feststellung, daß nur ein Teil der Schrift strafbar ist. Die Voraussetzungen der Strafbarkeit des Inhalts können

[1]) Vgl. Olshausen zu § 41 Nr. 6; v. Redwitz S. 130 Anm. 4.

[2]) Ein Beispiel der partiellen Unbrauchbarmachung findet sich in RGE. Bd. 37, S. 271 bezüglich eines von mehreren in einer polnischen Zeitschrift enthaltenen Gedichten.

nämlich nur für einen Teil der Schrift gegeben sein; der Inhalt einer Schrift ist dann nicht schon dieser einzelnen Stellen wegen im Ganzen als strafbar anzusehen. Für die Frage, ob es sich um eine einzige Schrift oder um verschiedene Schriften handelt, welche trotz ihrer äußeren Verbindung eine selbständige rechtliche Beurteilung gestatten, ist nicht die äußere Gestalt und Form, sondern der geistige Inhalt des Buches entscheidend. Auch der Umstand, daß ein Werk die geistigen Erzeugnisse eines und desselben Verfassers enthält, ist für die Frage von keiner entscheidenden Bedeutung; jedes dieser Erzeugnisse kann ein für sich abgeschlossenes einheitliches Werk mit besonderer Tendenz sein und ist demgemäß als einzelne Schrift einer besonderen Prüfung auf eventuelle Strafbarkeit hin zu unterziehen.

Der Inhalt eines kulturhistorischen Buches z. B. ist, weil einzelne Stellen nach Ansicht mancher vielleicht strafbaren Charakter aufweisen, (wegen Schilderungen unzüchtiger Handlungen, Gebräuche etc.) sicher noch nicht in seiner Gesamtheit im Sinn des § 41 Abs. 1 strafbar; dem wissenschaftlichen Zweck gegenüber verlieren die einzelnen Bestandteile ihre Bedeutung.[1])

2. Die Möglichkeit einer Ausscheidung des strafbaren Teiles aus dem Ganzen. Ob eine solche Ausscheidung möglich ist, unterliegt der tatsächlichen Prüfung des Richters und ist nach dem Einzelfall zu bestimmen.

[1]) Der strafbare Charakter des einzelnen Teils kann durch die Zugehörigkeit zum Ganzen gehoben werden, und es ist auch denkbar, daß solche Erzeugnisse, welche für sich allein betrachtet, abgeschlossen und selbständig sein würden, in einem Buche dergestalt zusammengestellt und mit einander verbunden werden, daß lediglich die Wirkung des Ganzen in Betracht kommt und von einer besonderen Tendenz, die dem einzelnen Erzeugnisse beiwohnen soll, nicht die Rede sein kann.

B.

Voraussetzungen der Unbrauchbarmachung bezw. Vernichtung in den Spezialstrafgesetzen.

Die Voraussetzungen für Unbrauchbarmachung bezw. Vernichtung in den Spezialstrafgesetzen sind entsprechend den großen Verschiedenheiten der in diesen Gesetzen geregelten Materien so mannigfaltig, daß es zweckmäßig sein wird, die einzelnen Gesetze gesondert zu betrachten.

Wollten wir uns aber bei der Prüfung der Voraussetzungen auf Einzelheiten der einschlägigen Spezialgesetze einlassen, so würde ein solcher Versuch weit den Rahmen unserer Darstellung überschreiten. Wir beschränken uns deshalb darauf, übersichtlich die wesentlichsten Voraussetzungen für die Durchführung der Maßnahmen darzustellen. Um dieses Ziel zu erreichen, sind wir gezwungen, des öfteren lediglich auf die betreffenden Gesetzesstellen hinzuweisen.

§ 9.

Voraussetzungen der Unbrauchbarmachung in den Urheberrechtsgesetzen.

a) Gemeinsame Voraussetzungen.

Der Nachdrucksgesetzgebung[1]) gemeinsam ist, daß das Erkennen auf Vernichtung bezw. Unschädlichmachung die Folge genau bestimmter, gesetzlich normierter Tatbestände ist. Immer ist die Durchführung der Maßregeln statthaft, auch wenn nur objektiv

[1]) Nachdruck ist die vorsätzliche oder fahrlässige Veranstaltung der mechanischen Vervielfältigung eines Schriftwerkes, einer wissenschaftl. Zeichnung oder Abbildung, oder einer musikalischen Komposition, mit der Absicht der Weiterverbreitung.

die Voraussetzungen des Nachdrucks[1]) gegeben sind; es kommt also nicht darauf an, ob die bei dem Nachdruck beteiligten Personen entschuldbar oder unentschuldbar dem Gesetze zuwidergehandelt haben.[2])

Voraussetzung des Vollzuges der Maßnahmen ist stets, daß im gerichtlichen Verfahren,[3]) das nur bei Antragstellung von seiten des verletzten Berechtigten eingeleitet wird, dem Eigentümer gegenüber durch rechtskräftiges Urteil darauf erkannt ist; es müssen sich sonach die der Maßregel verfallenen Nachdruckexemplare und Vorrichtungen im zivilrechtlichem Eigentum der Beteiligten befinden. Besitz genügt nicht, während es gleichgültig ist, ob die im Eigentum der Beteiligten befindlichen Gegentände zufällig im Besitz Dritter sind.[4])

Wegen des Präventivcharakters der in diesen Gesetzen angeordneten Maßnahmen unterliegen dieselben nicht der Verjährung; der Antrag des Berechtigten auf deren Durchführung ist daher an keine gesetzliche Frist gebunden und solange zulässig als durch das Vorhandensein widerrechtlich hergestellter Exemplare und Vorrichtungen die Gefahr der Wiederholung besteht.[5]) Bestritten ist, ob dieser Antrag auch nach Ablauf der Schutzfrist für das betreffende Erzeugnis statthaft ist.[6]) Jedenfalls würde ein Gesetz, das den Urheber vor Eingriffen in sein Recht zu schützen bezweckt, dieser Aufgabe nur in unvollkommenem Maße gerecht, wollte man die Durchführung der Maßregeln, die dem Verletzten während der Dauer des Schutzes an die Hand gegeben werden, nach Ablauf der Schutzfrist versagen. Mit der ursprünglich

---

[1]) durch den übrigens keinesfalls ein vermögensrechtlicher Schaden bewirkt sein braucht.

[2]) Eben aus diesem Grunde finden die Maßregeln auch gegen die Erben dieser Personen statt; vgl. Ges. v. 11. VI. 1870 § 21 Abs. 3 in Verbdg. mit § 14 d. Ges. v. 11. I. 1876 betr. das Must. UG.; Ges. v. 19. VI. 1901 betr. das Lit. UG. § 42 Abs. 3; Ges. v. 9. I. 1907 betr. das Kunst UG. § 37 Abs. 3.

[3]) Die Verfolgung ist sowohl im Strafrechts- als Zivilrechtsweg möglich: vgl. Ges. v. 1876 § 26; Ges. v. 1901 § 46; Ges. v. 1907 § 42.

[4]) Vgl. Ges. v. 1876 § 21 Abs. 1 zweiter Satz; Ges. v. 1901 § 42 Abs. 4; Ges. v. 1907 § 37 Abs. 4.

[5]) Vgl. Ges. v. 1876 § 36; Ges. v. 1901 § 52; Ges. v. 1907 § 50.

[6]) Vgl. hierüber Allfeld, Urh.-Rges. von 1901, S. 256 ff.; Urh.-Rges. v. 1907, S. 193 ff. Dambach, S. 202; Kohler, Patent-Recht, S. 584.

widerrechtlichen Herstellung der Exemplare und Vorrichtungen war das Recht zur Antragstellung gegeben, das nun der Berechtigte, solange solche Exemplare vorhanden sind, auch für die Zukunft durchsetzen kann. Oder sollte, dem Täter etwa dadurch, daß es ihm gelungen war, Exemplare auf die Seite zu bringen und der Maßregel zu entziehen, ein Recht erwachsen? Wenn Köbner[1] meint, daß nach Ablauf der Schutzfrist der Autor gar kein zu schützendes Recht mehr darauf habe, daß für die Zukunft die Weiterverbreitung der seinerzeit widerrechtlich hergestellten Exemplare verhindert werde, weil von einer „widerrechtlichen Vervielfältigung" nach Ablauf der Schutzfrist nicht mehr gesprochen werden könne, so ist diese Ansicht irrig. Denn der Berechtigte hat wohl ein Interesse daran, daß erst nach Erlöschen des Schutzes mit der Herstellung der Exemplare begonnen wird und nicht sofort schon ein Vorrat zur Verbreitung vorhanden ist. Das Gleiche aber trifft bezüglich der Vorrichtungen zu, die noch während der Schutzdauer zur widerrechtlichen Vervielfältigung ausschließlich bestimmt waren. Anders liegt es, wenn die während der Dauer des Schutzes angefertigten Vorrichtungen erst nach Ablauf derselben benutzt werden sollen; in diesem Falle würde die Vernichtung unstatthaft sein, weil dann (d. h. vom Moment an, wo das Erzeugnis Gemeingut geworden ist) die Vorrichtungen nicht mehr zur „widerrechtlichen" Vervielfältigung bestimmt sind.

Hiernach muß die Frage, ob die erwähnten Maßregeln gegenüber einem Erzeugnis verhängt werden dürfen, das während der Dauer der Schutzfrist vervielfältigt wurde, nach Ablauf der Schutzfrist aber erst verbreitet wird, schon aus Billigkeitsgründen bejaht werden.

Als negative Voraussetzung des Erkennens auf Vernichtung bezw. Unschädlichmachung ist endlich zu erwähnen, daß diese Maßregeln nicht ausgesprochen werden können, falls der Berechtigte gegen eine ganz oder teilweise dem Betrag der Herstellungskosten gleichkommende Vergütung die Zuerkennung der Übernahme der Nachdrucksexemplare und Vorrichtungen beantragt.[2] Natürlich kann der Antrag teilweise auf Übernahme, teilweise auf Erkennung der betreffenden Maßregeln gehen.

[1] Seite 58 ff.; ebenso Klostermann.

[2] Vgl. Ges. v. 1876 § 21 Abs. 5; Ges. v. 1901 § 43; Ges. v. 1907 § 38.

b)

„1) Voraussetzungen der Unschädlichmachung in § 14 des Ges. vom 11. I. 1876 betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen in Verbindung mit § 21 des Gesetzes vom 11. VI. 1870 betr. das Urheberrecht an Schriftwerken etc.

Gegenstand des Gesetzes ist ein gewerbliches Muster oder Modell. Das Gesetz hat es absichtlich vermieden, eine Begriffsbestimmung von Muster und Modell zu geben, weil es dies der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen will. [1])

Allgemein wird in der Literatur als gewerbliches Muster im Sinne dieses Gesetzes angesehen: Jedes neue und eigentümliche Vorbild für die Form von Industrieerzeugnissen, soferne es bestimmt und geeignet ist, den Geschmack anzuregen und auf den Schönheitssinn einzuwirken.

Die durch dieses Gesetz geschützten Geschmacksmuster unterscheiden sich von den Gebrauchsmustern dadurch, daß letztere nur zur Förderung des rein praktischen Arbeits- oder Gebrauchszweckes bestimmt sind, [2]) während die Muster und Modelle daneben auch den Formen- und Farbensinn anregen wollen, also ästhetische Zwecke mitverfolgen.

Modell ist eine Unterart des Musters, indem hierunter solche Muster verstanden werden, die nicht „auf" dem Industrieerzeugnisse (als Zeichnung etc.) angebracht, sondern in der Gestalt der Ware selbst verkörpert werden, also plastische Muster, wie z. B. Formen von Gläsern, Möbeln, Baulichkeiten etc.

Voraussetzung zur Anwendung der durch dieses Gesetz zugelassenen Maßnahmen bildet nun der Umstand, daß das Recht des Urhebers (d. h. desjenigen, aus dessen geistiger Schöpfung das Werk hervorgegangen ist) oder dessen Rechtsnachfolgers [3]) durch die Nachbildung [4]) eines gewerblichen Modells oder Musters, das

[1]) Die Motive zu diesem Gesetz (S. 23) sagen: Der Musterschutz umfaßt das ganze große Gebiet von der höchsten Kunstindustrie an bis zu den einfachsten, aus Linien und Punkten bestehendeu Mustern, sobald in ihnen eine eigene geistige Tätigkeit in die Erscheinung tritt und sie durch ihre Farben und Formen den Geschmack und das ästhetische Gefühl befriedigen wollen.

[2]) Vgl. RGE, Bd. 38 S. 392 „Herbeiführung einer neuen praktischen Anwendung des Gerätes oder Werkzeugs".

[3]) Vgl. §§ 1, 2 des Gesetzes. — [4]) Vgl. § 4 ff.

gemäß § 7 des Gesetzes angemeldet und bei der mit der Führung des Musterregisters beauftragten Behörde niedergelegt sein muß, verletzt ist. § 14 des Gesetzes vom 11. I. 1876 modifiziert die Bestimmung in § 21 des Gesetzes vom 11. VI. 1870 mit der Maßgabe, daß die der Einziehung unterliegenden vorrätigen Nachbildungen und die zur widerrechtlichen Vervielfältigung ausschließlich bestimmten Vorrichtungen wie Formen, Platten, Steine, Stereotypabgüsse u. a. m. nicht vernichtet, sondern auf Kosten des Eigentümers und nach Wahl desselben entweder ihrer gefährdenden Form entkleidet, oder bis zum Ablauf der Schutzfrist amtlich aufbewahrt werden und alsdann dem Eigentümer zurückzugeben sind.[1])

Diese Maßregeln erstrecken sich jedoch nicht auf die „nichtausschließlich" zur Nachbildung dienenden Vorrichtungen, ebensowenig wie auf die nicht „als Nachbildung erscheinenden Teile" der nachgebildeten Ware, insoferne Trennung möglich ist.[2]) Dagegen findet die Maßregel Anwendung auf alle im Eigentum des Veranstalters[3]) oder Veranlassers des Nachdrucks, des Druckers, Sortimentsbuchhändlers und des gewerbsmäßigen Verbreiters befindlichen Nachdrucksexemplare und Vorrichtungen, also auch auf alle noch unverkauften Waren, mögen sie sich in Hilfsgeschäften (z. B. Appreturanstalten) befinden oder bei Kaufleuten, gleichgültig, ob diese als Verbreiter erscheinen oder nicht.[4])

2) Voraussetzungen der Vernichtung im § 42 des Gesetzes vom 19. VI. 1901 betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst.

Dieses Gesetz schützt den Urheber eines Schriftwerkes[5]) sowie bestimmter Vorträge und Reden, ferner den Verfasser eines

[1]) Die Kommission des Reichst. hielt bei Abänderung der Bestimmungen des § 21 des Ges. v. 1870 den Umstand für maßgebend, daß die Nachbildungen und die zu denselben verwendeten Stoffe oftmals einen sehr erheblichen Wert enthalten und daß es daher unbillig sein würde, dieselben der Vernichtung preiszugeben, obwohl sich — Verhinderung weiterer Verbreitung — auch durch die erwähnte Unschädlichmachung erreichen läßt.

[2]) Vgl. § 21 Abs. 2 des Ges. v. 1870,

[3]) d. i. desjenigen, der die Nachbildung für sich, für seine Rechnung in Verbreitungsabsicht angefertigt oder anfertigen läßt, also in der Regel der Fabrikant. — [4]) Vgl. § 21 Abs. 3 des Ges. v. 1810.

[5]) Als „Schriftwerk" i. S. d. Ges. wurden beispielsweise vom RG. auch

Werkes der Tonkunst,[1]) also jeden durch Zeichen äußerlich erkennbar gemachten Gedankenausdruck, soferne er sich als Erzeugnis individueller geistiger Tätigkeit des Verfassers, — sei es mit Rücksicht auf den Inhalt, sei es mit Rücksicht auf die Formgestaltung — darstellt. (vgl. § 1 des Ges. Ziffer 1 und 2). Ohne Belang für den Begriff des Werkes sind der Umfang, der geistige Wert der Arbeit, der mit der Veröffentlichung verfolgte Zweck. Außerdem werden nach Maßgabe des Gesetzes die Urheber von solchen Abbildungen wissenschaftlicher oder technischer Art (z. B. geographischer, naturwissenschaftlicher, architektonischer und ähnlicher Zeichnungen) geschützt, die ihrem Hauptzweck nach nicht als Kunstwerke zu betrachten sind; (vgl. § 1 des Ges. Ziff. 3.) auch diese Abbildungen müssen als Erzeugnisse einer selbständigen Geistestätigkeit einen in individuelle Form gebrachten Gedanken verkörpern, dessen Festhaltung im Bild dazu dient, nicht wie ein Kunstwerk vorzugsweise auf das ästhetische Gefühl, sondern als Belehrungsmittel auf das Wissen des Beschauers erweiternd oder unterstützend zu wirken.

Wird nun unter Verletzung der ausschließlichen Befugnis des Urhebers (vgl. § 2 ff., § 11 ff. d. Ges.) ein gesetzlich geschütztes Werk dieser Art nachgebildet oder verbreitet, dann unterliegen auf Antrag die widerrechtlich hergestellten oder verbreiteten Exemplare und die zur widerrechtlichen Vervielfältigung „ausschließlich" bestimmten Vorrichtungen, wie Formen, Platten, Steine, Stereotypen der Vernichtung. (vgl. § 42 Abs. 1 d. Ges.) Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Herstellung von Nachdrucksexemplaren bereits vollendet ist, sobald nur mit derselben im Sinne des

---

erklärt: Kochbücher, Wohnungsanzeiger, Fremdenführer, Kursbücher; ungeschützt bleiben dagegen alle Erzeugnisse, die das Wesen rein mechanischer Tätigkeit an sich tragen und denen keinerlei individuelle geistige Tätigkeit zu entnehmen ist.

[1]) Unter einem Werk der „Tonkunst" oder einer musikal. Komposition ist eine Zusammenstellung von Tönen nach den Gesetzen der Melodie, Rhytmik und Harmonie zu verstehen; auch durch Benutzung bereits vorhandener Tonsätze (Themen) können Werke der Tonkunst entstehen, die nicht nur Individualität, sondern sogar hohe künstlerische Originalität aufweisen. Solchen Neuschöpfungen gegenüber kann der benutzte Tonsatz in seiner Bedeutung ganz in den Hintergrund treten; man denke z. B. an die Paraphrase von Wilhelmj über Walthers Preislied aus den „Meistersingern" Rich. Wagners.

strafrechtlichen Versuchs begonnen ist (vgl. § 42, Abs. 3, S. 2.) Falls nur ein Teil des Werkes als Nachdruck anzusehen ist, soll sich die Maßregel nur auf diesen Teil beschränken, vorausgesetzt, daß er sich überhaupt vom ganzen Werk mechanisch trennen läßt (vgl. § 42 Abs. 1, S. 2). Denn wenn z. B. von einer Seite die Hälfte als Nachdruck sich darstellt, so wird es technisch nicht möglich sein, nur diese Hälfte zu vernichten. Zu weit würde man allerdings gehen, wollte man eine teilweise Vernichtung nur dann eintreten lassen, wenn die Teile absolut selbständig sind, z. B. bei einzelnen Bänden eines Werkes; es kann vielmehr eine teilweise Vernichtung eines Bandes auch dadurch herbeigeführt werden, daß die einzelnen Bogen oder Seiten, die den Nachdruck enthalten, aus dem Buche entfernt werden.

Der von der Maßnahme Betroffene kann unter einer doppelten Voraussetzung verlangen, daß der Vollzug derselben eine mildere Form annehme, nämlich dann, wenn die Unschädlichmachung in anderer Weise als durch Vernichtung zu erreichen ist (z. B. durch Wegätzen der Schrift auf der Platte) und der Betroffene die hierdurch entstehenden Kosten übernimmt (vgl. § 42 Abs. 4 S. 2).

3) Voraussetzungen der Vernichtung in § 37 des G. v. 9. I. 1907 betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und Photographie.

Dieses Gesetz bezweckt den Schutz des Urhebers von Werken der bildenden Künste und Photographie. (vgl. § 1 ff. d. Ges.) Unter einem Werk der bildenden Künste versteht man das durch Formgestaltung im Raume sich äußernde Ergebnis individueller schöpferischer Tätigkeit, das dazu bestimmt ist, schon durch seinen bloßen Gefühlswert auf den Beschauer zu wirken.[1]) Zu den Werken der bildenden Künste gehören auch Erzeugnisse eines Kunstgewerbes, (vgl. § 2 d. Ges., bezgl. der Bauwerke vgl. § 37 Abs. 5) d. h. gewerblich hergestellte Gegenstände, die alle Merkmale eines Werkes der bildenden Künste an sich tragen, deren Zweck aber außer dem der Wirkung durch ihren Gefühlswert ein praktischer, also Gebrauchszweck ist (z. B. Produkte der Goldschmiedekunst, Juwelierarbeit, Erzeugnisse des graphischen Gewerbes, Stickereien

[1]) Vgl. RGE. Bd. VI, 433: „Durch die formgebende Tätigkeit des Künstlers muß ein Werk geschaffen und zu ästhetischem Eindruck bestimmt werden."

u. m a.) Das Gesetz schützt auch den zur Darstellung gekommenen künstlerischen Gedanken; da dieser in der Regel nicht nur im vollendeten Werke, sondern bereits in der Skizze, im Modell hervortritt, kann auch das noch nicht vollendete Werk ein Werk der bildenden Künste sein.[1])

Als Werk der Photographie wird nicht nur das fertige Erzeugnis, sondern auch das Erzeugnis in den Zwischenstadien seiner Verbreitung, insbesondere das Negativ der photographischen Aufnahme betrachtet, ferner alle diejenigen Bilder, die durch ein der Photographie ähnliches Verfahren (vgl. § 3 d. Ges.) hergestellt werden, also Abbildungen, soweit sie durch die Wirkung strahlender Energie, wie Licht oder Wärme gewonnen werden (z. B. Röntgen = Radium = Becquerelstrahlen).

Wird nun das Recht des Urhebers (vgl. § 5 ff. d. Ges.), die ausschließliche Vervielfältigung, Verbreitung und Vorführung des gesetzlich geschützten Werkes oder Bildnisses verletzt, (vgl. § 15 d. Ges.) dann unterliegen die widerrechtlich hergestellten, verbreiteten oder vorgeführten Exemplare und die zu widerrechtlichen Vervielfältigung oder Vorführung „ausschließlich" bestimmten Vorrichtungen der Vernichtung.[2]) Von der Maßregel werden also beispielsweise nicht getroffen das Maler- oder Bildhauergerät, das (wie Farben, Pinsel, Meißel) zu jeder beliebigen anderen Vervielfältigung benutzt werden kann, oder der zu Aufnahmen auch anderer Art geeignete photographische Apparat. Im übrigen sind die Voraussetzungen des Erkennens und des Vollzuges der Maßregel die gleichen wie im Ges. vom 19. VI. 1901.

Die Frage, ob bereits die Herstellung einer einzelnen Kopie eines fremden Kunstwerkes als verbotener Nachdruck anzusehen ist, wird zu verneinen sein, falls bei einmaliger Anwendung eines Kopierverfahrens die Erzeugung auch nur eines einzigen Exemplares ermöglicht wird, wie es beim Abzeichnen, Abmalen, Nachmodellieren der Fall ist. Ist dagegen das Original selbst nur in einem einzigen Exemplare vorhanden, dann wird eine solche Art der Kopierung für verboten zu erachten sein. Bei Kunstwerken, die von Anfang an in einer Mehrzahl von Exemplaren erzeugt zu

[1]) Vgl. RGE. XVIII, 30 ff.

[2]) Vgl. § 37 d. Ges. und die aus Billigkeitsrücksichten getroffene Bestimmung des § 39 bei Vorliegen eines Sammelwerkes.

werden pflegen, wird z. B. das Abzeichnen eines Kupferstiches, das Ausmeißeln eines plastischen Werkes nach dem Vorbild eines Gipsabgusses gestattet sein, da in derartigen Fällen neben der Mehrheit der vom Schöpfer des Originals hervorgebrachten Exemplare seines Werkes das einzelne und darum verhältnismäßig sehr viel kostspieligere nachgebildete Exemplar nicht in Betracht kommen kann.[1])

§ 10.

Voraussetzungen der Unbrauchbarmachung in den sonstigen Spezialstrafgesetzen.

1) Voraussetzungen der Vernichtung in § 5 d. Ges. betr. die Bezeichnung des Raumgehaltes der Schankgefäße vom 20. V. 1881 / 28. V. 1909

Unter Schankgefäße im Sinne dieses Gesetzes sind vor allem Gläser und Krüge zu rechnen, in welche Wein oder Bier vom Fasse abgelassen wird und zwar zur unmittelbaren Verabreichung an die Gäste. Krüge oder Flaschen, in welchen jene Getränke aufbewahrt werden, gehören nicht zu den Schankgefäßen, bedürfen also der durch § 1 d. Ges. vorgeschriebenen Eichung nicht, selbst wenn, wie es bei Weinen und abgezogenem Bier regelmäßig geschieht, diese Getränke in den Flaschen dem Gaste vorgesetzt werden. Dasselbe Gefäß kann also Schankgefäß sein oder nicht, je nachdem es zur Aufbewahrung oder als ein dem Gaste darzureichendes, eben erst gefülltes Gefäß benutzt wird.

Voraussetzung der Vernichtung der vorschriftswidrig befundenen Schankgefäße ist nun die Verurteilung des Gast- oder Schankwirtes auf grund eines Verstoßes gegen die §§ 1—4 des Gesetzes, wonach der Wirt, der Schankgefäße von nicht zulässiger Art in seinen Wirtschaftsräumen besitzt, bezw. gehörig gestempelte, zum Nachmessen bestimmte Flüssigkeitsmaße nicht vorweisen kann,

[1]) Was die Frage betrifft, ob die Maßregeln auch im Falle eines im Auslande begangenen Nachdruckes beantragt werden können, so kommt es darauf an, ob Deutsche in dem Lande der Begehung einen Schutz dieser Art gegen Urheberrechtsverletzungen genießen, sei es kraft inländischen Rechts, sei es kraft internationaler Vereinbarung. (vgl. die Übereinkommen des Deutschen Reichs mit ausländischen Staaten zum Schutze des Urh.-Rechts, sog. internationales Urh.-Recht. wie z. B. die Berner Übereinkunft vom 9. IX. 1886.)

der Strafe verfällt. Satz 2 des § 5 sagt ausdrücklich: „Gleichzeitig (d. h. mit der Strafe gegenüber dem Gast- oder Schankwirt) ist auf Einziehung der vorschriftswidrig befundenen Schankgefäße zu erkennen; auch kann die Vernichtung derselben ausgesprochen werden."

Befremden muß diese Fassung der alternativen Androhung von Einziehung und Vernichtung;[1]) es hat doch m. E. nur Sinn, Einziehung und Unbrauchbarmachung, oder Unbrauchbarmachung und Vernichtung alternativ auszusprechen, nicht aber Vernichtung und Einziehung. Denn durch die Konfiskation geht ja, wie bereits erwähnt, das Eigentum von dem Verurteilten auf den Staat über, der dann mit dem Gegenstande nach seinem Belieben verfügen darf, also ihn nach erfolgter Einziehung jedenfalls auch zerstören kann. Wie aber mit dem konfiszierten Gegenstand durch den Staat verfahren wird, ist lediglich Sache der Vollstreckung und hat in einer materiellrechtlichen Vorschrift keinen Platz. Zum mindesten ist die Bestimmung, der zufolge nach erfolgter Einziehung auf Vernichtung erkannt werden kann, überflüssig. Wesentlich anders liegt die Sache bei alternativer Einziehung und Unbrauchbarmachung; hier kann übrigens auch das Interesse des Verurteilten erheblich sein, wenn das Gesetz die Möglichkeit gewährt, den betr. Gegenstand zu konfiszieren oder „blos" unbrauchbar zu machen.

Auf jeden Fall genügt es zur Anwendung der Maßregeln, daß der Wirt Schankgefäße von nicht zulässiger Art in seinen Wirtschaftsräumen besitzt, die zur Verabreichung von Getränken bestimmt sind; es muß nicht der Gebrauch solcher Gefäße nachgewiesen sein.

Die Motive zum Entwurf (S. 8) sprechen dem Gesetze einen gewerbepolizeilichen Charakter zu, woraus sich von selbst ergibt, daß mit dem Gesetz nur der gewerbsmäßige Schankverkehr getroffen werden soll, nicht aber ein Fall, in welchem ein Wirt Mitgliedern seines Hausstandes, seinem Gesinde ohne Entgelt Getränke verabreicht.

[1]) Vgl. auch § 31 d. Weinges. v. 1909, S. 60 d. Abh.

2) Voraussetzungen der Vernichtung in § 9 Abs. 2 des Gesetzes über den Feingehalt der Gold- und Silberwaren vom 16. VII. 1884.

Das Gesetz bezieht sich nur auf Fabrikationsgegenstände, die im inländischen Handel feilgehalten werden; sonach unterliegen nicht dem Gesetz Gegenstände, die außerhalb des gewerblichen Verkehrs von Hand zu Hand gehen, z. B. Sachen, die wegen des Kunst- oder Altertumswertes den Besitzer wechseln.

Voraussetzung für die Erkennung auf Vernichtung ist die Verurteilung des Täters bei Vorliegen der Tatbestände des § 9 Ziff. 1—4.[1])

Hiebei ist zu beachten, daß nicht etwa derjenige Täter ist, der, im Sinne der physischen Verübung gedacht, die Angabe des Feingehaltes auf die Gold- oder Silberwaren einprägt, sondern derjenige, der bewirkt, daß die Ware auf Feingehalt bezeichnet wird, also z. B. der Fabrikant oder Händler.

Die Ziffern 1—3 des § 9 verlangen vorsätzliches Handeln, wobei jedoch im übrigen das Vorhandensein der objektiven Tatbestandsmerkmale genügt; es ist also nicht erforderlich, daß Täuschungsabsicht oder der eingetretene Erfolg einer Täuschung des Käufers durch das unzulässige Zeichen nachgewiesen wird.

Bei Ziff. 4 ist unwesentlich, ob der Gewerbetreibende, der die Waren feilhält, die Unrichtigkeit der Stempelung und damit den minderwertigen Gehalt der Ware gekannt hat; denn würde zur

[1]) § 9. „Mit Geldstrafe bis zu 1000 Mk. oder mit Gefängnis bis zu 6 Monaten wird bestraft:

1) Wer Gold- oder Silberwaren, welche nach diesem Gesetz mit einer Angabe des Feingehalts nicht versehen sein dürfen, mit einer solchen Angabe versieht.

2) Wer Gold- oder Silberwaren, welche nach diesem Gesetz mit einer Angabe des Feingehalts versehen sein dürfen, mit einer anderen als der nach diesem Gesetz zulässigen Feingehaltsangabe versieht.

3) Wer gold- oder silberähnliche Waren mit einem durch dieses Gesetz vorgesehenen Stempelzeichen oder mit einem Stempelzeichen versieht, welches nach diesem Gesetz als Feingehaltsbezeichnung für Gold- und Silberwaren nicht zulässig ist.

4) Wer Waren feilhält, welche mit einer gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes verstoßenden Bezeichnung versehen sind.

Mit der Verurteilung ist zugleich auf Vernichtung der gesetzwidrigen Bezeichnung, oder wenn dies in anderer Weise nicht möglich ist, auf Zerstörung der Ware zu erkennen."

Begehung der strafbaren Handlung nicht schon Fahrlässigkeit genügen, so hätte praktisch die Bestimmung in Ziffer 4 wenig Wert, da dem Händler immer erst die Kenntnis der unrichtigen Stempelung nachgewiesen werden müßte.

Erst mit der Bezeichnung zu gewerblichen d. h. Verkaufszwecken bezw. mit der Darbietung der Ware durch Auslegen, Bereithalten in Verkaufsräumen, öffentliches Angebot ist die Tat vollendet; straflos bleibt daher z. B., wenn jemand Geräte oder Schmucksachen den Bestimmungen des Gesetzes zuwider stempelt oder stempeln läßt, ohne einen Verkauf zu beabsichtigen.

3) Voraussetzungen der Vernichtung in § 19 des Gesetzes zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12. V. 1894.

Jede natürliche oder juristisch rechtsfähige Person[1]) erwirbt auf das nach Maßgabe des Gesetzes angemeldete (vgl. § 1 ff. des Gesetzes) und geschützte (vgl. § 12 des Gesetzes) Zeichen ein ausschließliches Recht, vermöge dessen sie jeden anderen von der Benutzung desselben ausschließen kann.

Die Geltendmachung dieses Rechts geschieht nun dadurch, daß jeder dem Gebrauch des ihm zustehenden Zeichens durch einen anderen als einem Eingriff in sein Recht entgegentreten kann. Hiezu stehen ihm die Wege offen, welche das Gesetz in den entsprechenden Bestimmungen vorschreibt. Voraussetzung zur Anwendung der Maßnahmen des § 19 Abs. 1 des Gesetzes bildet eine Verurteilung auf Grund der §§ 14—16[2]) bezw. die Erkennung auf Buße gemäß § 18 des Gesetzes.

[1]) Im Gegensatz zum Ges. v. 30. XI. 1874, in welchem ausschließlich Gewerbetreibende, deren Firma im Handelsregister eingetragen ist, getroffen wurden.

[2]) § 14. „Wer wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit Waren oder deren Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit dem Namen oder der Firma eines anderen, oder mit einem nach Maßgabe dieses Gesetzes geschützten Warenzeichen widerrechtlich versieht, oder dergleichen widerrechtlich gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält . . . . .“

§ 15. „Wer zum Zweck der Täuschung in Handel und Verkehr Waren oder etc. . . . . mit einer Ausstattung, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleichartiger Waren eines andern gilt, ohne dessen Genehmigung versieht, oder wer zu dem gleichen Zweck derartig gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält . . . .“

Bezwecken nun die §§ 14 und 15 des Gesetzes den Schutz des einzelnen Produzenten in seinem Zeichenrecht und der von ihm gewählten Ausstattung,[1]) so sucht § 16 im Interesse der Allgemeinheit einer Irreführung der Konsumenten über den Produktions- oder Handelsort entgegen zu wirken. Aus diesen Erwägungen heraus erklärt es sich, weshalb nur in den beiden erstgegenannten §§ die Strafverfolgung auf Antrag des Verletzten eintritt.

Das durch die Eintragung geschützte Recht umfaßt zwei Arten der Verwendung des Zeichens, nämlich „das Versehen der Ware oder deren Verpackung mit dem Zeichen“ und „das Inverkehrbringen“ der so bezeichneten Ware (also auch durch andere Personen als diejenigen, die die Ware gesetzwidrig gekennzeichnet haben). Unter dem „Versehen“ ist die Anbringung der Marke zu verstehen, also eine Handlung des Produzenten, die in der verschiedensten Weise und nicht selten schon bei der Produktion der Ware durch Einweben, Eingießen u. a. zur Ausführung gelangt. Der Ausdruck „Inverkehrbringen“ umfaßt jede Tätigkeit, durch welche die Ware zum Gegenstand des Handelsverkehrs gemacht wird. Hiezu gehört nicht allein das Veräußern derselben, sondern auch z. B. das ein Angebot enthaltende Ausstellen in einem öffentlichen Lokale und das Feilhalten. Selbstverständlich genügt zur Erfüllung des Tatbestandes in den §§ 14—16 nicht die bloße, unbefugte Kennzeichnung der Ware etc., es muß vielmehr dabei der Zweck erkennbar sein, die widerrechtlich mit dem Zeichen versehene Ware in den geschäftlichen Verkehr zu bringen. Würde

§ 16. „Wer Waren etc. . . . . mit einem Staatswappen oder mit dem Namen oder Wappen eines Ortes, eines Gemeinde- oder weiteren Kommunalverbandes zu dem Zweck versieht, über Beschaffenheit und Wert der Waren einen Irrtum zu erregen, oder wer zu dem gleichen Zweck derartig bezeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält . . . . .

Die Verwendung von Namen, welche nach Handelsgebrauch zur Benennung gewisser Namen dienen, ohne deren Herkunft bezeichnen zu sollen, fällt unter diese Bestimmung nicht.“

[1]) D. h. der äußeren Erscheinungsform, in der die Ware in den Verkehr tritt: im Begriff der Ausstattung liegt es, daß sie für die Ware eine dieselbe von der gleichen Ware anderer unterscheidende Bedeutung hat, z. B. durch eine charakteristisch hervortretende Gestaltung der wörtlichen Bezeichnung vermittels besonderer Farbe.

also z. B. jemand in einem ihm gehörigen, mit einem fremden eingetragenen Warenzeichen versehenen Karton lediglich für seinen Privatgebrauch eine andere Ware als die, für welche das Zeichen eingetragen ist, einpacken, dann ist hierin, obwohl die Ware mit einem fremden Zeichen versehen ist, noch kein strafbares Tun zu erblicken. Das Zeichenrecht erstreckt sich eben nur auf jene Kennzeichnung, die zum Zwecke des in Inverkehrbringens geschieht.

Das zur Begehung der Handlung in § 14 erforderliche bloße Bewußtsein, daß in ein fremdes Recht eingegriffen wird und daß dem Eingreifenden ein eigenes Recht nicht zusteht, genügt keineswegs zum subjektiven Tatbestand der §§ 15 und 16; in diesen Fällen muß vielmehr die Absicht des Täters zu Tage treten, die beteiligten Verkehrskreise durch fälschliche Warenbezeichnungen zu täuschen.

Allgemein sagt das Gesetz in den §§ 14—16 „wer", wendet sich also gegen jeden ohne Rücksicht darauf, ob er selbst Produzent oder Handeltreibender ist oder nicht, ob er die Ware selbst bezeichnet oder zu Verkaufszwecken bezeichnen läßt, sodaß sich auch ein Nichtkaufmann des Vergehens schuldig machen kann, vorausgesetzt, daß er gewerbsmäßig handelt und die Ware nicht zu seinem Privatgebrauch verwendet.

Entsprechend dem Charakter der in § 19 Abs. 1 [1]) angeordneten Maßnahmen als polizeilicher Präventivmaßregeln genügt es zu deren Anwendung, wenn sich die unbefugt gekennzeichneten Waren im zivilrechtlichen Besitze des Verurteilten befinden; es können somit auch Rechte unschuldiger Dritter, die ein Eigentumsrecht an den Waren haben, verletzt werden.

Die Maßregeln wollen den Verurteilten nicht mehr angreifen als nötig ist, um den Verletzten in seinem Recht zu schützen. Solange daher die Beseitigung der widerrechtlichen Kennzeichnung möglich ist, (durch bloßes Entfernen, Überstreichen, Ablösen) darf auf Vernichtung nicht erkannt werden. Erst wenn das Zeichen

[1]) § 19 Abs. 1 heißt in seinem Wortlaut: „Erfolgt eine Verurteilung auf Grund der §§ 14—16, 18 so ist bezüglich der im Besitz des Verurteilten befindlichen Gegenstände auf Beseitigung der widerrechtlichen Kennzeichnung oder, wenn die Beseitigung in anderer Weise nicht möglich ist, auf Vernichtung der damit versehenen Gegenstände zu erkennen".

an der Ware oder der Verpackung in nicht zu beseitigender Weise angebracht ist, muß die Vernichtung der Ware oder der Verpackung ausgesprochen werden. Es genügt daher z. B., daß Zigarren, die mit Ringen versehen und in Kisten mit fremder Ausstattung verpackt sind, aus den Kisten genommen und der Ringe entkleidet werden. RGE. Bd. XLV, 14 ff. behandelt den Fall, in welchem ein Zeichen, das durch farbige Feldereinteilung mit einem Namenszug charakterisiert ist, widerrechtlich auf einer Blechdose angebracht ist. Hier würde die Kennzeichnung der Ware schon damit beseitigt sein, wenn Ware und Umhüllung von einander getrennt werden. Eine Beschädigung oder Vernichtung der Umhüllung kommt als zulässig erst in Frage, wenn die Trennung ohne eine solche Beschädigung oder Vernichtung nicht ausführbar ist. Anderseits wird auch die Anordnung einer Beseitigung der Warenzeichen auf der Umhüllung erst statthaft, wenn die Trennung von dieser untunlich erscheint.[1])

Die Anwendbarkeit des § 19 Abs. 1 kann jedenfalls nicht in Frage kommen hinsichtlich der bei einer Person vorgefundenen und noch nicht verwendeten Mittel der widerrechtlichen Kennzeichnung wie z. B. Etiketten, noch nicht gefüllter Zigarettenhülsen; insoweit ist unter Umständen § 40 RStGB. anzuwenden.[2])

Darüber, welche Maßregeln im Urteile auszusprechen sind, hat sich der Richter unter Berücksichtigung der Lage des jeweilig gegebenen Falles schlüssig zu machen.

4. Voraussetzung der Vernichtung in § 22 Abs. 2 der Maß- und Gewichtsordnung vom 30. V. 1908.

Auch in diesem Gesetz[3]) ist Voraussetzung auf Erkennung der Maßregeln eine Verurteilung und zwar desjenigen, der in

[1]) Eine andere Frage ist es, ob neben § 19 Abs. 1 noch § 40 RStGB. anwendbar ist; hiernach würde der Nachweis gefordert werden, daß die widerrechtlich gekennzeichneten Waren oder Verpackungen zur Begründung des Vergehens gegen das Warenzeichengesetz gebraucht oder bestimmt waren.

[2]) Vgl. RGE. Bd. XIII, 390.

[3]) Der § 22 d. Ges. lautet: „Wer in Ausübung eines Gewerbes den Vorschriften . . . . der Maß- und Gewichtspolizei zuwiderhandelt . . . . .

Der Ausübung eines Gewerbes im Sinne dieser Vorschrift steht der Geschäftsbetrieb von Vereinen auch insoweit gleich, als er sich auf die Mitglieder beschränkt.

Ausübung eines Gewerbes[1]) den Maß- und Gewichtsvorschriften zuwiderhandelt. Voraussetzung der Bestrafung ist es anderseits, daß ein Verschulden, zum mindesten Fahrlässigkeit vorliegen muß. Die Maßregel könnte sonach in dem Falle nicht vollzogen werden, wenn die rechtzeitige Eichung eines Meßgefäßes ohne Verschulden des Besitzers des Gefäßes unterblieben ist.

Ordnete § 369 Abs. 2 RStGB. die den völligen Verlust des Eigentums bewirkende Maßregel der Einziehung vorschriftswidriger Maße und Gewichte etc. an, so sollte gerade durch das im Gesetz vom 30. V. 1908 neu eingeführte Institut der Unbrauchbarmachung verhindert werden, daß wertvolle Gefäße wegen geringfügiger eichtechnischer Mängel dem Eigentümer gänzlich entzogen werden.

Gemäß dem polizeilich präventiven Charakter der gesetzlich angeordneten Maßregeln kann es bezüglich der Durchführung der Unbrauchbarmachung nicht darauf ankommen, ob die vorschriftswidrigen Meßgeräte im Eigentum des Verurteilten stehen oder ob sie einem anderen, vielleicht völlig Unbeteiligten gehören.

Zwischen der Anwendung der Unbrauchbarmachung, Einziehung und Vernichtung hat der Richter nach Lage des einzelnen Falles die Wahl.

5) Voraussetzung der Vernichtung im § 31 des Weingesetzes vom 7. IV. 1909.

Voraussetzung der Anwendung der in § 31 des Ges. angeordneten Maßregel der Einziehung oder Vernichtung[2]) ist ein den An-

---

Neben der Strafe ist auf die Unbrauchbarmachung oder die Einziehung der vorschriftswidrigen Meßgeräte zu erkennen, auch kann deren Vernichtung ausgesprochen werden. Es macht keinen Unterschied, ob die Geräte dem Verurteilten gehören oder nicht . . . .“

[1]) Betroffen wird auch, wer als Nichtgewerbetreibender gelegentlich Gewerbshandlungen vornimmt.

[2]) Bereits S. 54 der Abhandlung wurde erwähnt, daß die alternative Androhung von Einziehung und Vernichtung überflüssig ist, in betreff der vorschriftsmäßig hergestellten und nur in unzulässiger Weise bezeichneten Getränke ist sie auch sachwidrig; vgl. beispielsweise § 5 i. Vbdg. m. § 3 des Weinges. betreffs der unzulässigen Benennung gezuckerten Weines, oder § 8 betr. Unterlassens einer den Rotweinverschnitt kennzeichnenden Benennung.

Auch Abs. 3 d. § 31 erübrigt sich im Hinblick auf die auf S. 19 der Abhandlung gemachten Ausführungen bezgl. des § 73 RStGB.

forderungen bestimmter Paragraphen[1]) in subjektiver und objektiver Hinsicht entsprechender Tatbestand. Es muß sonach erwiesen sein, daß Getränke oder Stoffe (cf. § 1 d. Ges.) vorschriftswidrig hergestellt, eingeführt oder in den Verkehr gebracht worden sind, bezw. Stoffe zum Zwecke der Begehung einer nach den Vorschriften dieses Gesetzes strafbaren Handlung bereit gehalten werden.

Durch § 31 des Weinges. wird die Anwendung des § 40 RStGB. nicht ausgeschlossen; dies hat z. B. da Bedeutung, wo von einem größeren Vorrat vorschriftswidrig hergestellter Getränke nur ein Teil in Verkehr gebracht und deshalb nur dieser Teil der Maßregel des § 31 unterworfen ist. War der übrige Teil zur Fortsetzung desselben Vergehens gegen das Weingesetz bestimmt, so steht der Anwendbarkeit des § 40, falls die übrigen Voraussetzungen hiefür vorliegen, nichts im Wege.

Die Maßregeln der Vernichtung bezw. Einziehung, die bei Vorliegen *gewisser* Tatbestände fakulativ, sonst obligatorisch verhängt werden, lassen die Frage nach dem Eigentum, in dem die vorschriftswidrigen Getränke und Stoffe stehen, gemäß dem Vorbeugungszwecke des § 31 unberücksichtigt; dies ist zwar blos für die Fälle des § 26 Abs. 1 Nr. 1 ausgesprochen, gilt aber nach dem Zusammenhang des § 31 auch für die übrigen hier vorgesehenen Fälle.[2])

Interessant ist die Frage, ob auch gegenüber bereits *verschnittenen* Weinen eines gutgläubigen Käufers verbotswidrig hergestellter Weine die Maßregel der Vernichtung ausgesprochen werden kann, wenn ein gegen den Verkäufer nach § 31 ergangenes Urteil auf Vernichtung der verbotswidrig hergestellten Weine rechtskräftig geworden ist. Jedenfalls sind die vom Verkäufer hergestellten, desgleichen aber auch die an den Käufer bereits abgegebenen Weine der Maßregel unterworfen, allerdings nur insoweit, als sie noch *vorhanden* sind. „Der vom Verkäufer stammende Wein, den der Käufer vor Rechtskraft des Erkenntnisses gutgläubig verstochen hatte, ist aber durch die Vermischung und die sich anschließende chemische Veränderung unausscheidbarer Bestandteil eines Erzeugnisses geworden, das eine neue selbständige Sache ist,

[1]) Vgl. §§ 26 Abs. 1. und 3; 28 Nr. 1, 2, 3; 29 Nr. 6.

[2]) Vgl. Stenglein Anm. 1 Abs. 2 zu § 31 d. Weing.

während der verbotswidrig vom Verkäufer hergestellte Wein sein Dasein als selbständige Sache beendet hat. Da er infolgedessen als solcher überhaupt nicht mehr zu bezeichnen und zu ermitteln ist, ist er der Durchführung der im § 31 angeordneten Maßregel entzogen.“ (Vgl. RGE. Bd. XLII, 123.)

C.

§ 11.

Die materiellen Voraussetzungen der selbständigen Unbrauchbarmachung.

Bisher haben wir die Unbrauchbarmachung nur als eine mit der Verurteiluug einer bestimmten Person verbundene und in dem nämlichen Urteile ausgesprochene Maßregel kennen gelernt.

Unsere Gesetzgebung zeigt aber die Unbrauchbarmachung (bezw. Vernichtung) noch in einer anderen Gestalt, indem neben § 42 RStGB.[1]) noch die §§ 43 Abs. 2 d. LitUG., 47 Abs. 2 d. KunstUG.; 22 Abs. 2 S. 2 d. Maß- u. Gew.-Ordg. und 31 Abs. 4 d. Weinges. eine selbständige, von der Verurteilung einer schuldigen Person unabhängige Maßregel statuieren. Hierbei müssen wir zweierlei unterscheiden:

Einmal kann die Maßregel ausgesprochen werden, nachdem das Verfahren gegen eine bestimmte Person eingeleitet gewesen, aber anders als durch Verurteilung des Verfolgten, also durch Freisprechung oder Einstellungsurteil[2]) beendet ist. Es ist z. B. Freisprechung des Täters von der Anklage eines Vergehens nach § 184 StGB. erfolgt, weil nicht erwiesen ist, daß er beim Verkauf des vertriebenen Werkes das Bewußtsein der Unzüchtigkeit desselben gehabt habe, oder weil ein dem § 184 entsprechendes Ausstellen

[1]) Der Wortlaut dieses § heißt: „Ist in den Fällen der §§ 40 und 41 die Verfolgung oder die Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar, so können die daselbst vorgeschriebenen Maßnahmen selbständig erkannt werden".

[2]) Daß im Fall der Freisprechung oder Einstellung des Verfahrens die Maßregel der Unbr. nicht auf Grund des § 41, sondern des § 42 RStGB. ausgesprochen werden muß, ist zweifellos; denn wenn auch § 41 anordnet, der Ausspruch der Unbr. habe im Urteil zu erfolgen, so kann doch dieses gem. § 259 StPO. neben Verurteilung auch auf Freisprechung und Einstellung des Verfahrens lauten, in welchem Falle dann „die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person ausführbar ist".

der objektiv für unzüchtig gehaltenen Schrift nicht stattgefunden hat. Nichtnachweisbarkeit der Verschuldung des Angeklagten schließt also die Anwendbarkeit des § 42 beim Vorhandensein einer objektiven Strafbarkeit des Inhalts der Schrift nicht aus; das gleiche gilt bei den Strafausschließungsgründen. Anders liegt der Fall, wenn gegenüber einer Anklage, die wegen einer mittelst Schrift begangenen Beleidigung erhoben ist, die Freisprechung des Angeklagten unter Zubilligung des Schutzes des § 193 StGB. erfolgt. Denn hierdurch ist nicht nur ein subjektives Schuldmoment verneint, vielmehr festgestellt, daß eine strafbare Handlung überhaupt nicht vorhanden ist, weil die objektive Rechtswidrigkeit fehlt.[1]) Beim Mangel eines in der Person begründeten Strafausschließungsgrundes kann sonach das objektive Verfahren nur dann durchgeführt werden, wenn wenigstens die objektive Strafbarkeit der Tat unberührt gelassen wird.

In zweiter Linie kann die Maßregel selbständig und Ziel eines besonderen „objektiven Verfahrens“ sein, in welchem von allem Anfang an von der Verfolgung einer bestimmten Person keine Rede sein konnte. In Folgendem sollen nun die Voraussetzungen dieses Verfahrens geprüft werden.

Solange es an einem verfolgbaren Täter nicht fehlt, ist für das objektive Verfahren kein Bedürfnis vorhanden, sodaß man in diesem Sinne sagen kann, das objektive Verfahren als Prozeßart sei veranlaßt und bedingt durch den Mangel eines verfolgbaren Täters.[2]) Bezüglich der rechtlichen Natur dieses Verfahrens sei nur erwähnt, daß in der Literatur fast einstimmig der polizeiliche Charakter dieses Instituts zugegeben wird, da es ja an einer zu bestrafenden Person fehlt.[3]) Wenn es sich also auch in § 42 RStGB. und den oben cit. §§ der Spezialgesetze nicht um „Straf“maßnahmen handelt, so ist dieses Institut der selbständigen Unbrauchbarmachung doch rechtlich als ein Strafverfahren, als eine eigentümliche Form der Strafverfolgung anzusehen, was sich schon aus der Tatsache seiner näheren Regelung in den §§ 477 ff. StPO. ergibt.

---

[1]) Ähnlich der Fall des § 12 RStGB., vgl. Art. 22 d. RV.

[2]) Vgl. RGE. Bd. XIX, 373.

[3]) A. M. Goltd. Arch. Bd 20 S. 20 ff.

Die selbständige Unbrauchbarmachung ist nur da möglich, wo sie durch Gesetzesbestimmung ausdrücklich gestattet ist.[1]) Unzulässig wäre es daher, im Gesetz betr. die Bezeichnung des Raumgehalts der Schankgefäße auf grund des § 5 oder im Gesetz über den Feingehalt der Gold- und Silberwaren auf Grund des § 9 Abs. 2 durch objektives Verfahren die Vernichtungsmaßregel auszusprechen. Überdies ist hier ausdrücklich vorgeschrieben, daß „gleichzeitig mit der Bestrafung" bezw. „mit der Verurteilung zugleich" auf die betreffende Maßregel zu erkennen ist.

Vorraussetzung der Anwendung des objektiven Verfahrens bildet zunächst, gleichviel in welchem der obengenannten Gesetze es geregelt ist, stets das Vorliegen des vollen objektiven Tatbestandes des Delikts, dessen Begehung die Verhängung der Maßregel der Unbrauchbarmachung bezw. Vernichtung zur Folge haben kann. Zur Durchführung der Unbrauchbarmachung auf grund des § 42 des RStGB. ist also das Vorliegen der sachlichen Voraussetzungen des § 41 erforderlich; hienach müssen sämtliche Voraussetzungen der Unbrauchbarmachung[2]) mit Ausnahme der subjektiven Tatbestandsmerkmale gegeben sein. Es braucht nur objektiv, d. h. durch den Inhalt einer Schrift der Tatbestand eines Verbrechens, Vergehens oder einer Übertretung zum Ausdrucke gelangt sein, ohne daß dem Erzeuger des Werkes irgend ein Verschulden zur Last fallen müßte. Mit welchem Rechte würde auch obwohl die Unbrauchbarmachung gar keine Strafe ist, die Strafbarkeit des Inhalts in unmittelbare Beziehung zu der einer Person gesetzt werden? In Bd. XXXIII, 17 erklärt das Reichsgericht ausdrücklich, daß sich die Maßregel des § 42 „lediglich gegen den eine an sich strafbare Handlung kennzeichnenden Tatbestand richte und daher selbständig und unabhängig von der Strafbarkeit eines Täters zur Anwendung gebracht werden kann."[3]) Gerechtfertigt wird dieser, dem Rechtscharakter der Unbrauchbarmachung

[1]) Vgl. RGE. Bd. XIX, 45.

[2]) Vgl. II. Teil A, B der Abhandlung.

[3]) Vgl. auch Finger S. 504, Frank A II 3 zu § 41, Olshausen, Meyer, RGE. Bd. XXXII, 53; XXXVI, 145; XXXVIII, 346. — A. M. Hälschner S. 634, der behauptet, die Unbrauchbarmachung dürfe auf Grund des § 42 nicht ausgesprochen werden, wenn nicht feststeht, daß sich jemand vermittels des Inhalts einer Schrift einer strafbaren Handlung schuldig gemacht habe; ebenso Binding, Grundriß § 99; Schoetensack S. 27 ff.

entsprechende Standpunkt durch die Erwägung, daß die hier in Frage stehenden Gegenstände lediglich durch ihre Existenz, durch ihren Inhalt wirken, oder doch wirken können, und daß es deshalb einer durchgreifenden, vorbeugenden Maßnahme bedarf, um die unmittelbar drohende Gefahr des Eintretens oder der Fortsetzung einer Verletzung abzuwenden. Warum sollte denn auch die hochverräterische Schrift eines Geisteskranken der selbständigen Unbrauchbarmachung nicht geradeso unterliegen, wie die des Geistesgesunden?[1])

Als zweite Voraussetzung zur Anwendung des objektiven Verfahrens ist erforderlich, daß „die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar" ist.

Wie unglücklich diese Wortfassung infolge der nichts weniger als klaren Ausdrucksweise des Gesetzgebers ist, geht schon allein aus den zahlreichen Meinungsverschiedenheiten in der Judikatur sowohl wie in der Literatur bezüglich der Frage hervor, was eigentlich unter „Nichtausführbarkeit" der Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person zu verstehen ist.

Beschränkt sich § 42 auf tatsächliche oder werden auch rechtliche Hinderungsgründe der Verfolgung oder Verurteilung mitumfaßt?

Einen Anhaltspunkt zur Lösung dieser Frage geben uns in erster Linie die Motive zu § 42,[2]) worin besagt wird, daß die Maßnahme der Unbrauchbarmachung angewendet werden könne, wenn „aus irgend einem Grunde" die Verfolgung einer bestimmten Person oder der Erlaß eines Urteils z. B. wegen Todes, Abwesenheit, Unbekanntschaft des Täters nicht ausführbar erscheint. Der Strafgewalt sei hierdurch die notwendige Handhabe gewährt, namentlich zur Verhütung fernerer Verbrechen dem Gesetze selbst dann Genüge zu verschaffen, wenn aus zufälligen Umständen die Verfolgung etc. nicht erfolgen kann.

Für die einschränkende Auslegung des Gesetzes, wonach nur tatsächliche Unausführbarkeit gemeint sei, suchen sich die Ver-

[1]) Mit Recht fragt Neumann S. 50: Weshalb sollen unzüchtige Schriften eines nichtzurechnungsfähigen Erotikers, welche vielleicht gerade wegen ihrer Herkunft einen noch größeren Markt finden, als es sonst der Fall sein würde, ruhig weiter in die Welt gesetzt werden dürfen? Vgl. ferner Oetker, Vorlesung über Strafrecht § 47.

[2]) Vgl. Aktenst. d. Reichst. 1870 S. 52.

treter dieser Theorie gerade an den Wortlaut der Motive zu klammern, indem sie geltend machen, letztere führten als Beispiele der Unausführbarkeit bewußt nur tatsächliche Gründe (Tod, Abwesenheit, Unbekanntschaft des Täters) an. Die Unhaltbarkeit dieses Arguments erhellt schon aus der Tatsache, daß durch eine derartige Aufzählung die Möglichkeiten nicht erschöpfend dargestellt werden sollen, in denen von Nichtausführbarkeit der Verfolgung etc. gesprochen werden kann. Mit dieser Exemplifikation wollen die Motive nur andeuten, daß eben Fälle der angeführten Art in der Praxis am häufigsten vorkommen, ohne daß aber das objektive Verfahren dadurch bei Vorliegen von rechtlichen Hinderungsgründen ausgeschaltet werden sollte.

Nicht ohne Grund, wird von anderer Seite behauptet, ist der Wortlaut der dem § 42 analogen Vorschrift des § 152 StGB. ein verschiedener, denn in der Ausdrucksweise des Gesetzgebers: „Auf Einziehung . . . ist zu erkennen, auch wenn die Verfolgung . . . nicht stattfindet“ sei ein bewußter Gegensatz zu erblicken gegenüber der Fassung des § 42, wonach nur „die Verfolgung oder Verurteilung nicht ausführbar ist“ — nicht stattfinden kann. Allerdings umfaßt begrifflich die erste Ausdrucksweise mehr als die letztere; allein von einem bewußten Gegenüberstellen der Begriffe durch den Gesetzgeber in diesem Sinne ist m. E. schwerlich zu reden. Durch die Fassung des § 152 soll im Gegensatz zu § 42 vielmehr nur ausgedrückt werden, daß hier das objektive Verfahren ohne Rücksicht auf die Ausführbarkeit oder Unausführbarkeit der Verfolgung etc. zulässig ist, d. h. also, wenn aus irgend einem Grunde die Verfolgung tatsächlich nicht stattfindet, aber an und für sich stattfinden könnte. Es darf daher z. B., auch schon bevor überhaupt das Verfahren gegen einen Münzfälscher eingeleitet oder durchgeführt ist, auf die Einziehung des nachgemachten oder verfälschten Geldes etc. selbständig erkannt werden. Anders in § 42; hier kann das objektive Verfahren erst dann Platz greifen, wenn die Nichtausführbarkeit der Verfolgung oder Verurteilung feststeht. Besteht noch jene Möglichkeit, dann ist die Durchführung des objektiven Verfahrens unstatthaft.

Mit den bisher beigebrachten Argumenten können wir demnach schwerlich zum Resultate gelangen. Auf den richtigen Weg zur Lösung der Frage geraten wir, wenn wir nicht sklavisch am

Wortlaut des Paragraphen kleben, sondern der ratio der Gesetzesvorschrift nachgehen und hiernach prüfen, ob mit der Nichtausführbarkeit nur tatsächliche oder vielleicht auch rechtliche Hinderungsgründe der Verfolgung oder Verurteilung zu verstehen sind.

Schon früher wurde die Natur der Unbrauchbarmachung als die einer ausgesprochen polizeilichen Maßnahme zur Verhütung fernerer strafbarer Handlungen zum Schutze der Allgemeinheit sowie im Interesse der Verkehrssicherheit festgestellt. Gerade die innere Natur des Instituts als Sicherungsmaßregel widerspricht aber einer Beschränkung des objektiven Verfahrens auf die Fälle tatsächlicher Unausführbarkeit der Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person. Würde es doch an jedem inneren Grunde fehlen, wollte man eine staatsgefährliche oder unzüchtige Schrift im objektiven Verfahren nur dann der Unbrauchbarmachung verfallen lassen, wenn der Urheber verstorben, abwesend oder unbekannt ist! Solange sich eben eine Schrift obigen Inhalts im Verkehr befindet, mag sie auch von einer unter § 56 StGB. fallenden Person verfaßt sein, tritt durch deren bloßes objektives Vorhandensein eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung ein. Es ist sonach zweifellos der Wille des Gesetzgebers dahin zu interpretieren, daß auch bei Vorliegen der in der Person des Angeschuldigten liegenden Strafausschließungs- ebenso wie der Strafaufhebungsgründe die Durchführung des objektiven Verfahrens zulässig ist. Schließlich hat aber auch in der Wortfassung des § 42 die Unterscheidung zwischen tatsächlichen und rechtlichen Hindernissen keinen Ausdruck gefunden: denn es liegt nicht im Begriff der Nichtausführbarkeit, sie nur bei Hemmnissen gewisser Art anzunehmen, dagegen bei Hindernissen anderer Art leugnen zu wollen. Im Gegenteil weist die Nebeneinanderstellung von Verfolgung und Verurteilung darauf hin, daß auch an die gesetzlichen Strafausschließungsgründe gedacht ist, deren Vorhandensein sich gewöhnlich erst nach eingeleiteter Verfolgung herausstellt und eine Verurteilung unausführbar macht.[1])

Was die Strafaufhebungsgründe im einzelnen anlangt, so könnte man zunächst bezüglich des Todes der Meinung sein, der Gesetzgeber habe sich in einen offenbaren Widerspruch verwickelt. Denn zur Anwendung des objektiven Verfahrens bedarf es, wie bereits

[1]) Vgl. RGE., Bd. XIV. 382.

erwähnt, der Erfordernisse des § 41; wollte man sich aber genau an den Wortlaut des § 42 halten, dann würde die selbständige Erkennung auf Unbrauchbarmachung im Falle des Todes ausgeschlossen sein. Denn § 41 erfordert den Besitz zur Zeit der Vollziehung der Maßregel [1]) — eine Voraussetzung, die natürlich für den Fall des Todes vor der Verurteilung unmöglich erfüllt werden kann. Wie ist dies aber dann mit der Tatsache in Einklang zu bringen, daß gerade der Fall des Todes in den Motiven unter den Beispielen der Anwendbarkeit des objektiven Verfahrens an erster Stelle steht? Zweifellos liegt hier ein Redaktionsfehler vor. Wenn Kohler [2]) die Anwendbarkeit des § 42 auf den Fall des Todes aus dem prinzipiellen Gesichtspunkt der Strafnatur der Maßregel verwirft, (wonach nicht nur die poena, sondern auch das jus puniendi exstinguitur morte) so fallen diese Bedenken nach der hier vertretenen Auffassung des Rechtscharakters der Unbrauchbarmachung weg.

Bezüglich des Strafaufhebungsgrundes der Verjährung rechtfertigt sich die Anwendbarkeit der Maßregel auch für diesen Fall aus dem Grunde, weil die Tatsachen, aus welchen der Anspruch auf Unbrauchbarmachung entspringt, durch Verjährung der strafbaren Handlung nicht aus der Welt geschafft werden können. Zu Unrecht nimmt daher Schoetensack (S. 31) an, daß der die Einführung des Rechtsinstitutes der Verjährung rechtfertigende Grund der Zerstörung des Beweismaterials nach Ablauf einer gewissen Zeit auch hier zutreffe. Denn wenn Schoetensack argumentiert, der Gesetzgeber ziehe bestimmte Zeitgrenzen, innerhalb deren er die Erbringung sicheren Beweises noch zu erhoffen dürfen glaubt, so möchte ich entgegenhalten, ob man der Erbringung sicherer Beweise auch noch dann bedarf, wenn es gilt, die Qualifikation des Inhalts einer lange Zeit verborgenen Schrift als einer hochverräterischen nachzuweisen? Die Verjährung nimmt übrigens der zu verfolgenden Handlung nicht den deliktischen Charakter, es bleibt gewissermaßen als objektives Moment bei Schriften im Sinne des § 41 StGB. selbst nach eingetretener Verjährung der durch die Schrift verkörperte und selbständig gewordene Gedanke als Tatbestand einer strafbaren Handlung bestehen. Wird demgegenüber geltend gemacht, daß die Durchführung des objektiven Verfahrens eine feststellbare Handlung strafbaren Charakters vor-

[1]) Vgl. S. 36/37 der Abhandlung. — [2]) Patentrecht, S. 578.

aussetze, so trifft diese Einwendung deshalb nicht den Kern der Frage, weil die Maßregel des § 42 selbständig gegen das Erzeugnis der an sich strafbaren Handlung angeordnet wird.

Auch die materiellrechtliche Würdigung der Verjährung steht dem objektiven Verfahren aus der Erwägung nicht entgegen, daß die Unbrauchbarmachung nicht den Charakter einer „Strafe", sondern einer polizeilichen Vorbeugungsmaßnahme aufweist: die Verjährung greift aber nur gegenüber Strafen Platz, nicht bei einer zur Sicherung für die Zukunft anwendbaren Maßregel.[1]

Sonach kommen wir zu dem Resultate, daß die polizeiliche Natur der Maßregel des § 42 die Statthaftigkeit ihrer Verhängung mit der straftilgenden Wirkung der Verjährung sehr wohl vereinbar erscheinen läßt.[2])

Der Strafaufhebungsgrund der Begnadigung scheidet aus, weil die Begnadigung erst nach einer erfolgten Verurteilung eintreten kann, objektives Verfahren daher nicht in Betracht kommt.

Wie ist nun nach dem bisher Dargelegten die Frage zu entscheiden, ob bei den Antragsdelikten trotz des Mangels eines Antrags von seiten des Verletzten das objektive Verfahren zulässig ist?

Die Stellung des Antrags bildet die prozessuale Vorbedingung des strafrechtlichen Einschreitens, ist also Voraussetzung der Strafklagebefugnis. Die Eigentümlichkeit liegt darin, daß ein durch die Subsumierbarkeit der Tat unter das Gesetz begründeter Strafanspruch nach dem eigenen Willen des Staates bei nichtgestelltem Antrag unerfüllt bleibt.[3]) Durch Nichtstellung des Antrags wird allerdings die Schuld des Täters nicht aufgehoben, der in Frage

[1]) Vgl. auch RGE. Bd. XIV, 382; Oppenhoff, § 42, Nr. 6; desgl. Olshausen, § 42 Anm. 5 in der neuen (1912), im Gegensatz zu den früheren Auflagen; Köbner S. 49. A. M. Binding S. 834 Handb. des deutch. Strafr., Hälschner S. 634, Meyer S. 356 Anm. 10; Finger, S. 504, Frank zu § 42 I.

[2]) Der Entwurf des Strafgesetzbuches sucht den Streit über die hier einschlagenden Fragen durch eine etwas veränderte Fassung des § 42 StGB. in seinem § 56 unmöglich zu machen; vgl. S. 77/78 d. Abhandlung.

[3]) Dementsprechend auch die Fassung des Entwurfs § 71: „Macht das Gesetz die Verfolgung einer strafbaren Handlung von einem Antrage abhängig. . . . ."

Vgl. Oetker in der „Reform des StGB.", kritische Besprechung des Vorentwurfes zu einem StGB.: „Strafantrag und Verjährung."

stehenden Handlung verbleibt der Charakter der Strafbarkeit.[1]) Da aber eine Verfolgung des Täters aus prozeßrechtlichen Gründen unmöglich sein würde, ließe sich formell die Anwendbarkeit des § 42 StGB. rechtfertigen.[2]) Allein es ist kein Grund dafür einzusehen, weshalb sich der Staat in einem Falle, wo er eine Bestrafung nur unter der Voraussetzung der Antragstellung für geboten erachtet, zu einem objektiven Verfahren veranlaßt sehen sollte. Die Staatsgewalt hat doch kein Interesse daran, ihren Schutz da aufzudrängen, wo er nicht angerufen wird. In einer Anzahl von Fällen, könnte man einwenden, wird aber doch durch die strafbare Gedankenäußerung im Sinne des § 41 neben dem Privatinteresse gleichzeitig ein erhebliches öffentliches Interesse mitverletzt; auf Grund dieser Erwägung sei selbst bei fehlendem Antrag die Durchführung der Maßregel des § 42 schon im öffentlichen Interesse geboten. Hierauf ist zu erwidern, einmal daß dies in gleichem, wenn nicht in höherem Grade von der Bestrafung des Täters selbst gilt, sodann aber, daß die bei Antragsdelikten dem Verletzten eingeräumte Befugnis gerade darin besteht, je nach seinem Ermessen die Untersuchung und Verfolgung abzuwenden oder eintreten zu lassen. Das objektive Verfahren ist nun ebenfalls als eine bezüglich der strafbaren Handlung eingeleitete Verfolgung anzusehen. Da aber gemäß § 478 StPO. die Durchführung des objektiven Verfahrens in gleichem Maße, wie wenn die Unbrauchbarmachung im Anschluß an eine im Urteile ausgesprochene Strafe gegen die Person des Täters erkannt wird, ein Verfahren erfordert, in welchem

[1]) A. M. Liszt, Meyer, die den Antrag als Strafbarkeitsbedingung auffassen, wonach bei Nichtstellung desselben zwar ein Delikt, aber kein strafbares vorliegt.

[2]) Um die praktischen Konsequenzen einer derartigen Ansicht vor Augen zu führen, bedient sich Schoetensack (S. 30) des Beispiels, daß der Sohn eines Jagdberechtigten in dessen Revier mit der seinem Vater heimlich entwendeten Büchse gewildert hat. Allerdings tritt gem. § 292 Abs. 2 StGB. die strafrechtliche Verfolgung des Sohnes nur auf Antrag des Vaters ein; unzutreffend aber ist die Auffassung, wonach in diesem Falle auch ohne Antragstellung von Seiten des Vaters die Einziehung des Gewehres ausgesprochen werden könne. Denn § 295 StGB. schreibt ausdrücklich vor, daß „neben der .... verwirkten Strafe" auf Einziehung zu erkennen ist. Konnte aber mangels Antragstellung gem. § 292 Abs. 2 das Verfahren gegen den Sohn nicht eröffnet werden, so entfällt hiemit auch die Anwendung der Maßregel des § 295.

der ganze Deliktsfall untersucht und verhandelt wird, so würde durch eine Zulässigkeit der Unbrauchbarmachung beim Mangel eines Antrags die Tendenz des Gesetzgebers, überall dem Privatinteresse den Vorrang einzuräumen, wo neben diesem ein öffentliches mitverletzt ist, illusorisch gemacht. Kann doch unter Umständen die Verfolgung, Untersuchung und Verhandlung der Sache für den Verletzten ein neues und viel unangenehmeres Übel bilden, als die Verletzung selbst!

Daraus, daß bei Antragsdelikten auch ohne Antrag die Unbrauchbarmachung angeordnet werden könnte, würden sich sonderbare Konsequenzen ergeben, die sicher nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen sind und die mit dem Zweck der dem Antragsberechtigten eingeräumten Befugnis[1]) in direktem Widerspruche stehen, indem das Verfahren des § 42 auch dann Platz greifen könnte, wenn ein solches den Wünschen und Interessen der Antragsberechtigten geradezu widerstreitet. Man denke nur an eine unter § 186 StGB. fallende Beleidigung, oder an den Fall des § 189 StGB., wo zum Zwecke der Abwendung der Unbrauchbarmachung auch im objektiven Verfahren der Beweis der Wahrheit der in Frage stehenden Behauptungen angetreten werden kann!

Sonach kommen wir zu dem Ergebnis, daß im Falle des § 41 die Unbrauchbarmachung von der Stellung und Aufrechterhaltung eines Antrags des Berechtigten abhängig ist; die Maßregel darf nicht ausgesprochen werden, wenn der Antrag nicht gestellt oder rechtswirksam zurückgenommen worden ist.[2])

Eine andere Frage ist es, ob bei Antragsdelikten das in § 42 vorgesehene Verfahren auch dann durchgeführt werden darf, wenn der Antragsberechtigte aus bestimmten Gründen ausdrücklich von einer Verfolgung und Bestrafung der Person des Täters absehen möchte und nur bezüglich des Geisteserzeugnisses die Maßregel der Unbrauchbarmachung beantragt. Zweifellos ist diese Frage zu bejahen. Wenn das RStGB. über diesen Ausnahmefall nichts

[1]) „Vermeidung des strepitus fori", Liszt.

[2]) Vgl. auch Olshausen; a. M. Oppenhoff zu § 42 Nr. 6; — das RG. hat in Bd. XI, 119 anläßlich des interessanten Falles betr. einer in der österreichisch-amerkanischen Zeitung enthaltenen Beleidigung Bismarck's dahin entschieden, daß nachdem vom Reichskanzler selbst kein Strafantrag gestellt sei, das objektive Verfahren nicht durchgeführt werden könne.

Näheres bestimmt, so ist die Erklärung hiefür in dem Umstande zu suchen, daß ein Bedürfnis zur gesetzlichen Regelung wegen des äußerst seltenen Vorkommens dieser Frage nicht dringend erschien. Häufiger dagegen wird in der Nachdrucksgesetzgebung der Fall existent, wo die Verfolgung einer bestimmten Person zwar zulässig, vom Berechtigten jedoch nicht gewollt ist und daher selbständig lediglich auf die Vernichtung der Nachdrucksexemplare und Vorrichtungen angetragen wird. Aus diesem Grunde fand denn auch dieser Fall durch die §§ 47 Abs. 2 LitUG. und 43 Abs 2 KunstUG. eine ausdrückliche Regelung.

Liegt nun einerseits der volle objektive Tatbestand einer strafbaren Handlung vor und ist andererseits die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person aus irgend einem Grunde nicht ausführbar, dann ist es nicht etwa in das freie Ermessen des Richters gestellt, auf die Unbrauchbarmachung zu erkennen oder nicht, vielmehr ist die Maßregel obligatorisch auszusprechen.[1]) Die Worte in § 42, daß die in den §§ 40 und 41 vorgesehenen Maßnahmen selbständig erkannt werden „können", sind nämlich dahin zu verstehen, daß unter den im Eingang des § 42 angegebenen Voraussetzungen das objektive Verfahren zulässig, möglich sein soll; es will sonach nichts anderes gesagt werden, als daß trotz des Mangels eines bestimmten Angeschuldigten als Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen des Strafprozesses der Richter in der Lage ist, bezüglich der Schrift selbständig ein Urteil zu fällen.[2])

Wer aber hat eigentlich über die Nichtausführbarkeit der Durchsetzung des Strafanspruchs zu entscheiden, der Richter oder die Staatsanwaltschaft? Zur Begründung der Ansicht, wonach die Staatsanwaltschaft über diese Frage zu befinden hat, wird Folgendes ins Treffen geführt: Nach der StPO. sei die Entscheidung darüber, ob jemand angeklagt werden soll, der Staatsanwaltschaft, ob ein Hauptverfahren stattfinden und der Angeklagte verurteilt werden soll, dem Richter übertragen; die ausschließliche Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft zur Entscheidung über die Erhebung einer Anklage gegen eine bestimmte Person begreife aber notwendig die aus-

[1]) a. M. Stooß, § 27, S. 53. [2]) Vgl. RGE. Bd. XXVIII, 122.

schließliche Zuständigkeit zur Entscheidung darüber in sich, ob der Erhebung der Anklage tatsächliche oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen. Erachtet demgemäß die Staatsanwaltschaft die Verfolgung einer bestimmten Person als möglich, die Verurteilung jedoch als aussichtslos, so werde dies auf der Erwägung beruhen, daß der Beweis der Schuld nicht hinreichend geführt werden könne. Würde das Gericht darüber zu befinden haben, ob die Verfolgung etc. nicht ausführbar ist, so würden die Kompetenzverhältnisse zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft vertauscht: das Gericht würde die Staatsanwaltschaft durch Versagung der Unbrauchbarmachung im objektiven Verfahren sogar zwingen können, gegen ihre Überzeugung eine Person anzuklagen, deren Schuld sie verneint oder für unerweislich hält.[1])

Diese Theorie scheitert vor allem daran, daß ja durch die Stellung des Antrags auf Unbrauchbarmachung gar keine „Straf"-klage von seiten der Staatsanwaltschaft erhoben wird. Weiterhin aber widerspricht diese Auffassung dem für den Strafprozeß geltenden und in zahlreichen Bestimmungen zum Ausdrucke gebrachten Grundgedanken, wonach das Gericht hinsichtlich der Würdigung der ihm unterbreiteten Tatbestände von den Auffassungen der Antragsteller, des Staatsanwalts oder des Privatklägers, unabhänig ist. Gerade daraus ferner, daß auch der bei weitem nicht die gleiche Garantie objektiver Beurteilung bietende Privatkläger zur Stellung des Unbrauchbarmachungs-Antrags befugt ist, ergibt sich, wie Schoetensack treffend ausführt, mit Notwendigkeit, daß die Prüfung und Entscheidung vorliegender Fragen Aufgabe des Richters ist.

Der Einwand endlich, die Staatsanwaltschaft würde gezwungen, gegen ihre Überzeugung Anklage zu erheben, falls das Gericht im Widerspruch mit ihr die Verfolgung einer Person für ausführbar erachtet, ist insoferne hinfällig, als das Gericht nach der StPO. auch sonst die Staatsanwaltschaft zu einer Anklageerhebung zu zwingen im Stande ist (vgl. § 206 StPO.)

Dadurch nun, daß dem Gericht die Prüfungspflicht der Frage, ob eine Verfolgung oder Verurteilung ausführbar ist, auferlegt wird, beugt man zugleich der Gefahr vor, daß ohne Zuziehung des Beschuldigten die ihm zur Last gelegte strafbare Handlung

[1]) Vgl. RGE. Bd. VIII, 238 ff; Olshausen, Anm. 9 zu § 42.

dem Gerichte unterbreitet wird, obgleich über seine Schuld in einem gegen ihn gerichteten und ihm zur Verteidigung Gelegenheit bietenden Verfahren hätte erkannt werden können.[1])

Wir kommen demnach zum Resultat, daß es sich bei der Unausführbarkeit der Durchsetzung des Strafanspruches gegenüber dem Täter um eine vom Gericht zu prüfende Prozeßvoraussetzung handelt.

Zum Schlusse wollen wir die Frage aufwerfen, ob der Grundsatz „ne bis in idem" der Einleitung eines nachträglichen objektiven Verfahres hemmend im Wege steht, wenn bereits früher ein rechtskräftig gewordenes auf Bestrafung oder Freisprechung lautendes Urteil für den Angeklagten erfolgt ist. Diese Frage müßte bejaht werden, wenn durch das objektive Verfahren die Verhängung eines Strafübels gegen den im vorausgegangenen Verfahren auf grund desselben historischen Faktums Verurteilten oder Freigesprochenen herbeigeführt würde. Nachdem sich aber das Institut der selbständigen Unbrauchbarmachung gemäß § 42 als eine sicherheitspolizeiliche Anordnung charakterisiert, ist jenes Verfahren unbedenklich ohne Verletzung des Prinzips „ne bis in idem" auch in diesem Falle statthaft.[2]) Selbst dann, wenn die Freisprechung des Angeklagten gerade deshalb erfolgt sein sollte, weil nach Ansicht des früher erkennenden Gerichts die Tat nicht einmal objektiv strafbar ist, würde ein nachträgliches objektives Verfahren zulässig sein; denn die Rechtskraft dieser Entscheidung umfaßt blos die Ablehnung, die Verneinung des staatlichen Strafanspruchs gegen den Beschuldigten, die Gründe des Erkenntnisses jedoch sind der Rechtskraft nicht fähig. Im Übrigen ergibt sich schon aus den auf S. 40—41 der Abhandlung angeführten Erwägungen[3]) mit Notwendigkeil, daß, wenn heute eine Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person unausführbar ist, ein früher ergangenes freisprechendes Erkenntnis niemals hindern kann, in Gemäßheit des § 42 wenigstens die Unbrauchbarmachung von Exemplaren auszusprechen, welche zwar infolge der früheren Ent-

[1]) Vgl. Schoetensack S. 43 ff., Binding S. 221, Köbner.

[2]) Vgl. Löwe, StPO. 11. Aufl. 1904, S. 401, Anm. 31 b.

[3]) wonach eine früher ergangene rechtskräftige Entscheidung gegen eine Person sogar einer neuen Anklage gegen dieselbe Person wegen eines neuerlich nach erkannter Freisprechung erfolgten Verbreitens nicht entgegensteht.

scheidung freigegeben wurden, mit denen aber hinterher eine objektiv strafbare Handlung vorgenommen wurde.

Also nicht einmal die Identität von neuerdings zum Zwecke der Unbrauchbarmachung in Beschlag genommenen Exemplaren mit denjenigen, welche in der früheren Untersuchung vorlagen, würde der Einleitung eines selbständigen Verfahrens der Unbrauchbarmachung dieser Exemplare hindernd im Wege stehen.

Anhang.

§ 12.

Kritische Besprechung des Vorentwurfes und Gegenentwurfes eines deutschen Strafgesetzbuches. Die §§ 41 und 42 de lege ferenda.

So sehr auch infolge der verunglückten Abfassung der gesetzlichen Vorschriften des geltenden Rechts über die Unbrauchbarmachung eine Reform dringend geboten war, hat dennoch der VE. nicht die erhoffte Verbesserung gezeitigt.

Durch die §§ 55 und 56 VE. (den §§ 41 und 42 RStGB. entsprechend) wurde im wesentlichen nichts geändert. Die redaktionellen Mängel in den §§ 41 und 42 StGB., insbesondere die Unklarheiten über Wesen, Inhalt und Voraussetzungen der Unbrauchbarmachung sind durch die, wenn auch teilweise veränderte Fassung der Paragraphen des VE. keineswegs behoben, sodaß die Streitfragen, wie wir sie in der Abhandlung in den Hauptzügen berührt und zu entscheiden versucht haben, der Rechtsprechung auch künftighin Schwierigkeiten genug bereiten werden.

Völlig versagt der VE. in dem Punkte, eine scharfe Scheidung der pönalen Einziehung des § 40 StGB. von der sicherheitspolizeilichen Einziehung (bezw. Vernichtung), wie sie in zahlreichen Bestimmungen des besonderen Teils des StGB. sowie der Spezialgesetze geregelt ist, herbeizuführen.

Der Wortlaut des § 55 VE. ist folgender:

„Wenn der Inhalt einer Schrift, Abbildung oder Darstellung strafbar ist, so ist im Urteile auszusprechen, daß alle Exemplare einzuziehen, sowie die zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen unbrauchbar zu machen sind. Ist nur ein Teil des Inhalts strafbar, so ist, insoferne eine Ausscheidung möglich ist, die Anordnung entsprechend zu beschränken, und in Bezug auf die Exemplare nicht die Einziehung, sondern nur die Unbrauchbarmachung auszusprechen.

Diese Vorschriften beziehen sich jedoch nur auf die im Besitz des Verfassers, Druckers, Herausgebers, Verlegers oder Buchhänd-

lers befindlichen und auf die öffentlich ausgelegten oder öffentlich angebotenen Exemplare".

§ 56 lautet: „Kann eine bestimmte Person als Täter oder Teilnehmer nicht verfolgt oder nicht verurteilt werden, so können die in den §§ 54[1]) und 55 vorgeschriebenen Maßnahmen selbständig erkannt werden".

Durch § 55 wird also der bisherige § 41 bis auf zwei Punkte wiederholt: § 41 Abs. 3 wurde als zweiter Satz in den § 55 Abs. 1 VE. eingestellt, womit jedoch keine sachliche Änderung verbunden ist. Während ferner bisher nach § 41 nur auf Unbrauchbarmachung, nicht auf Einziehung erkannt werden konnte, führt der VE. insoferne eine Änderung herbei, als er bezüglich der inhaltlich strafbaren Schrift selbst, also der Exemplare, die Einziehung vorschreibt, falls der gesamte Inhalt strafbar ist, oder falls bei nur teilweise strafbarem Inhalt die Ausscheidung des strafbaren Teils unmöglich ist. Diese Erweiterung der Einziehungsmöglichkeit aber ist praktisch für die davon betroffenen Personen ohne erhebliche Bedeutung, weil der die Schrift tragende Stoff, zumeist Papier, durch die Unbrauchbarmachung an sich schon in der Regel wertlos wird. Der einzige Vorzug ist nur der, daß diese Maßregel das Verfahren für die vollstreckende Behörde verbilligt und vereinfacht: man denke nur an den nicht seltenen Fall des Unbrauchbarmachens von vielen tausend Flugblättern, wobei gemäß § 55 VE. der zwecklose Aufwand von Arbeit und Kosten durch die einfache Verbrennung der eingezogenen Blätter erspart wird. Eine praktische Konsequenz hieraus ist die Erleichterung der Kostenlast des gemäß § 497 Abs 1 StPO. kostenpflichtig Verurteilten.

Eine einigermaßen befriedigende Lösung brachte § 56 V.E., indem er zunächst die Streitfrage zu beseitigen versucht, ob nur die tatsächliche oder auch die rechtliche Unausführbarkeit der Verfolgung und Verurteilung in § 42 StGB. gemeint sei. Zu diesem Zweck vermeidet er den Ausdruck „nicht ausführbar" und läßt das objektive Verfahren ganz allgemein zu, wenn eine bestimmte Person nicht verfolgt oder verurteilt werden kann. Darnach ist die Art des Hinderungsgrundes irrelevant. Auch wird durch Weglassen der irreführenden Bezugnahme auf „die Fälle" des § 55 (und § 54) VE. deutlicher zum Ausdruck gebracht,

[1]) § 54 VE. entspricht dem § 40 StGB.

daß zur Durchführung der selbständigen Unbrauchbarmachung dieselben Voraussetzungen erfordert werden, wie sie in § 55 V.E. geregelt sind. Allerdings ist hierdurch noch nicht die Streitfrage aus dem Wege geräumt, ob das Vorliegen des objektiven Tatbestandes in § 56 genügt: dieselbe wird im Gegenteil nur noch verwickelter durch den Umstand, daß § 56 von „Täter oder Teilnehmer" spricht. Hiernach nämlich könnte man der Ansicht sein, eine Person müsse sich durch die Schrift strafbar gemacht haben, weil ja logischerweise nur im Falle deren Verurteilung von einem „Täter oder Teilnehmer" die Rede sein kann. Da sich aber eine solche Auffassung, wie wir darzulegen uns bemühten, mit der ratio des Gesetzes nicht vereinbaren läßt, würden zweckmäßiger die Worte „als Täter oder Teilnehmer" vermieden worden sein.

Eine bei weitem glücklichere Lösung bringt der GE., wenngleich er schon allein wegen der umständlichen Art seiner Fassung nicht als Ideal einer Gesetzesvorschrift bezeichnet werden kann.

Zunächst gliedert er durch den § 80 Abs. 1 u. 2 die Einziehung scharf in eine pönale (entsprechend § 40 StGB.) und in eine sicherheitspolizeiliche (entsprechend § 41 und den sonstigen im StGB, sowie in den Spezialgesetzen sich findenden Bestimmungen über Einziehung bezw. Vernichtung) und bringt dadurch äußerlich zu erkennen, was auch ohnedies unmittelbar aus dem Wesen und dem Rechtscharakter der betreffenden Maßregeln entnommen werden konnte.[1]) Mit Recht darf sich daher der GE. rühmen, durch Abs. 2 des § 80 die zahlreichen im StGB. sowie in den Nebengesetzen sich findenden Vorschriften bezüglich der Einziehung ihrer inneren Natur nach klar festgelegt, wie auch im wesentlichen entbehrlich gemacht zu haben. Der Wortlaut des uns speziell interessierenden Abs. 2 § 80 GE. ist:

„Gefährdet das Verbleiben der in Abs. 1 bezeichneten Sachen[2]) in der Gewalt des Inhabers oder im Verkehr die Rechtssicher-

[1]) Vgl. § 4 d. Abhandl. S. 23 ff.

[2]) Außer den durch ein Verbrechen und vorsätzliches Vergehen hervorgebrachten oder den zur Begehung eines Verbrechens etc. gebrauchten oder bestimmten Sachen verfallen der fakultativen Einziehung des Abs. 1 noch die zum Weitervertriebe eines geschäfts-, gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Verbrechens bestimmten Sachen.

heit, so ist auf ihre Einziehung, ohne Rücksicht auf die Person des Eigentümers und Strafbarkeit einer Person zu erkennen. Die eingezogenen Sachen sind, soweit es nötig ist, zu vernichten. Liegen die Voraussetzungen des Abs. 1 nicht vor, und können die Sachen in anderer Weise als durch Einziehung unschädlich gemacht werden, so hat dies zu geschehen, wenn der Eigentümer es beantragt und die Kosten übernimmt".

Daß sich der GE. damit an die ausländische Gesetzgebung anschließt, beweist die Fassung der §§ 34 und 35 des StGB. für Norwegen,[1]) ferner des Art. 38 § 1 und 2 des Schweizer Entwurfs eines StGB. von 1903. Der GE. vermeidet also zunächst den Begriff der Unbrauchbarmachung und läßt ihn restlos in dem Begriff der präventiven Einziehung im Sinne des Abs. 2 des § 80 GE. aufgehen durch die Fassung: „Die eingezogenen[2]) Sachen sind, soweit es nötig ist, zu vernichten," was allerdings nichts anderes als eine Umschreibung des Begriffes der Unbrauchbarmachung bedeutet.

Als unbestrittenes Verdienst des GE. muß es angesehen werden, daß er die Streitfrage, ob zur Durchführung der Unbrauchbarmachung der subjektive und objektive Tatbestand erfüllt sein muß, durch die Klausel „ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer Person" dahin entschieden hat, daß das bloße Vorliegen des objektiven Tatbestandes genügend ist.

Satz 3 des Abs. 2 endlich lehnt sich an die §§ 42 Abs. 4 S. 2 LitUG. und 37 Abs. 4 S. 2 KunstUG. an. Mit seiner Aufnahme sollen nach der Begründung etwaige Härten vermieden werden, die sich aus der Verallgemeinerung der präventiven Einziehung in § 80 Abs. 2 GE. ergeben könnten.

---

[1]) Die §§ 34, 35 des norweg. StGB. lauten:

„Gegenstände, die durch eine strafbare Handlung hervorgebracht oder zur Verübung eines vorsätzlichen Verbrechens gebraucht oder bestimmt sind, können durch Urteil eingezogen werden, wenn sie einem an der strafbaren Handlung Beteiligten gehören."

„Gegenstände, deren eigentliche Bestimmung es ist, als Mittel zur Verübung einer strafbaren Handlung zu dienen, können, wenn es dem öffentlichen Interesse zu entsprechen scheint, durch Urteil eingezogen werden, gleichgültig, wem sie gehören. . . ." — Vgl. auch S. 24 der Abhandlung.

[2]) Im übrigen ist es unrichtig, wenn in der Begründung zum GE. von der Einziehung des Abs. 1 des § 80 als einer Rechtsverwirkung gesprochen wird; vgl. hierüber S. 21 Anm. 3 der Abhandlung.

Ich bin am Schlusse meiner Ausführungen angelangt. Auf grund derselben haben wir die Überzeugung gewonnen, daß speziell in Bezug auf die unklar gefaßten und deshalb zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß gebenden §§ 41 und 42 RStGB. eine Abhilfe nottut. Will man diese auch nicht durch so radikale Mittel betätigen, wie sie der GE. in sachgemäßer Weise anwendet, so müßte zum mindesten eine Neuredaktion der erwähnten Paragraphen geschaffen werden, anläßlich welcher dann m. E. folgende Hauptgesichtspunkte zu berücksichtigen wären:

1. Statt der Aufzählung der einzelnen Objekte, in denen sich der Tatbestand einer strafbaren Handlung verkörpert, „Schrift, Abbildung, Darstellung“ müßte ein diese Ausdrücke umfassender Begriff gewählt werden, nicht etwa der Kürze wegen, sondern um die Ansicht nicht aufkommen zu lassen, § 41 treffe lediglich Preßerzeugnisse oder mechanisch vervielfältigte Produkte.[1])

2. Der gegenwärtige Abs. 3 des § 41, der sich lediglich auf die partielle Unbrauchbarmachung bezieht, sollte bei präziserer Fassung des Paragraphen durch Anwendung eines ähnlichen gesetzestechnischen Mittels, wie es der GE. im § 80 Abs. 2 andeutet,[2]) entbehrlich gemacht werden.

3. Eine Klarheit über die Frage, ob auf Unbrauchbarmachung im Urteile, d. h. unmittelbar bei Ausspruch des Urteils gegen den Täter, erkannt werden muß, oder ob auch nach bereits erfolgtem Urteil der darin übergangene Ausspruch in einem Nachtragsverfahren nachgeholt werden darf, sollte unseren Ausführungen gemäß[3]) im Sinne der letzteren Alternative durch den Wortlaut des Paragraphen zum Ausdruck gelangen.

4. Durch einen umfassenderen Begriff müßten in der Vorschrift sowohl alle zur Zeit bekannten, als auch möglicherweise späterhin entstehenden technischen Verfahren zur Vervielfältigung der Produkte strafbaren Inhalts getroffen werden.

5. Die kasuistische Fassung des bisherigen Abs. 2 des § 41[3]) sollte dadurch vermieden werden, daß man diese Vorschrift allgemeiner hält.

---

[1]) Vgl. S. 28 der Abhandlung. — [2]) Vgl. S. 79/80 der Abhandlung.

[3]) Vgl. S. 43 der Abhandlung.

[3]) Obwohl in der Rechtsprechung wiederholt die Anwendbarkeit der Maßregel auch bei Kinematographenfilms, Phonographenwalzen, Grammophon-

6. Die Bestimmung der selbständigen Unbrauchbarmachung sollte deutlich zu erkennen geben, daß bei den Hindernissen der Unausführbarkeit der Verfolgung oder Verurteilung einer Person sowohl tatsächliche wie rechtliche gemeint sind.

7. Gelegentlich der Regelung des objektiven Verfahrens sollte die Streitfrage endgültig entschieden werden, daß das bloße Vorliegen des objektiven Tatbestandes genügt.

8. Schließlich könnte auch, um jeden Zweifel zu benehmen, im Wortlaute der Gesetzesbestimmung ausgedrückt werden, daß die selbständige Unbrauchbarmachung obligatorisch[2]) vom Richter auszusprechen ist.

Auf Grund dieser Erwägungen würde ich folgende Neuredaktion der §§ 41 und 42 RStGB. vorschlagen:

§. 41.

„Bildet der Inhalt eines Geisteserzeugnisses den Tatbestand einer strafbaren Handlung, so ist dasselbe, soweit es nötig ist, im Falle der Verurteilung des Erzeugers zu vernichten. Kann das Werk durch mechanische oder chemische Mittel vervielfältigt werden, so ist diese Maßregel auf sämtliche Erzeugnisse und die zur Herstellung derselben bestimmten Gegenstände auszudehnen.

Diese Vorschrift bezieht sich jedoch nur auf die öffentlich ausgelegten oder angebotenen, sowie auf die im Besitz solcher Personen befindlichen Erzeugnisse, die damit irgend einen gewerblichen oder geschäftlichen Zweck verfolgen.“

§ 42.

„Kann aus irgend einem Grunde eine Person nicht verfolgt oder nicht verurteilt werden, so dürfen die in den §§ 40 u. 41 vorgeschriebenen Maßnahmen auch selbständig erkannt werden.“

platten etc. für zulässig erklärt wurde, leuchtet es nicht ohne weiteres ein, in diesen Fällen gemäß § 41 Abs. 2 von einem Besitz des „Druckers, Herausgebers oder Buchändlers“ zu sprechen.

[2]) Vgl. die bisherige Bestimmung des § 42, wonach die Maßregeln der §§ 40 und 41 selbständig ausgesprochen werden „können“ vgl. hiezu S. 73 d. Abhandlung.